

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



**FATOS PUNÍVEIS PRATICADOS PELO AGENTE INFILTRADO: SOLUÇÕES DOS
ORDENAMENTOS JURÍDICOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO**

ANDRÉ CARLOS MENDES

**MESTRADO EM DIREITO
CIÊNCIAS JURÍDICO CRIMINAIS**

**DISSERTAÇÃO ORIENTADA PELO
PROFESSOR DOUTOR AUGUSTO SILVA DIAS**

2019

FATOS PUNÍVEIS PRATICADOS PELO AGENTE INFILTRADO: SOLUÇÕES DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



**FATOS PUNÍVEIS PRATICADOS PELO AGENTE INFILTRADO: SOLUÇÕES DOS
ORDENAMENTOS JURÍDICOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO**

ANDRÉ CARLOS MENDES

**MESTRADO EM DIREITO
CIÊNCIAS JURÍDICO CRIMINAIS**

**DISSERTAÇÃO ORIENTADA PELO
PROFESSOR DOUTOR AUGUSTO SILVA DIAS**

2019

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| Agradecimentos | 5 |
| Resumo / Palavras-chave | 6 |
| Abstract / Keywords | 7 |
| Abreviaturas e sigas | 8 |
| Introdução | 9 |
| 1. Infiltração de Agentes | |
| 1.1 Indispensabilidade | 11 |
| 1.2 Constitucionalidade | 13 |
| 1.3 Conceituação | 17 |
| 1.4 Previsão legal e requisitos | 22 |
| 2. Justificação do fato típico nas ações encobertas | |
| 2.1 A relação entre a tipicidade e a ilicitude da conduta do agente | 30 |
| 2.2 Legítima defesa | 33 |
| 2.3 Duplo efeito e a legítima defesa | 36 |
| 2.4 Duplo efeito e o dever de proteger | 40 |
| 2.5 Cumprimento do dever e o estado de necessidade | 47 |
| 3. A punibilidade Penal e o artigo 6.º da Lei n.º 101/2001 | |
| 3.1 Punibilidade Penal e considerações gerais | 52 |
| 3.2 Proporcionalidade, necessidade e a não punição | 55 |
| 3.3 Agente provocador | 64 |
| 4. Prova Penal | |
| 4.1 Considerações gerais | 70 |
| 4.2 Conceito | 71 |
| 4.3 Verdade material e limites | 72 |
| 4.4 Validade da prova na fase pré-acusatória | 76 |
| 4.5 Proibições de prova e a descoberta inevitável | 78 |
| Conclusões | 84 |
| Bibliografia | 85 |

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha mãe, Sra. Alzira Farias.
Nenhuma das minhas conquistas seriam possíveis
sem o apoio daquela que
seja nos momentos de calma
ou durante longas tempestades,
sempre esteve ao meu lado.
Não mereço, mas agradeço
o seu imerecido sacrifício.
Serei o seu eterno devedor. Muito obrigado
e que Deus continue te abençoando sempre.

Agradeço ao Prof. Doutor Augusto Silva Dias
pelo carinho, empenho e dedicação.
Seus ensinamentos não se limitaram ao exercício jurídico.
O seu exemplo de ser humano honrado e diligente
encantam a alma e alegria o coração
daqueles que escolheram amar o Direito e a vida.

Resumo

A atuação do agente infiltrado em organizações criminosas pode ser considerada indispensável para a investigação criminal. Caso o agente recolha a prova agindo como autor de crimes, quais as soluções que o ordenamento jurídico português e brasileiro prevê? Quais as condutas permitidas e proibidas ao agente para que haja ou não punibilidade penal? Haverá punição ao agente que provocar o investigado a praticar crimes? O regime jurídico das ações encobertas será aplicado de forma independente, subsidiária ou cumulativa ao Código Penal? Se os atos do agente infiltrado forem ilícitos, a prova por ele produzida/colhida poderá ser considerada válida no Processo Penal? O que a teoria do duplo efeito tem haver com esse problema?

A elevada complexidade jurídica do tema em discussão dificulta a construção de cada resposta. Contudo, buscaremos encontra-las junto à legislação, doutrina e jurisprudência, tendo por base o conceito analítico de crime, a lei portuguesa n.º 101 de 2001 e a lei brasileira n.º 12.850 de 2013.

Palavras-chave: agente infiltrado – crime organizado – investigação criminal – duplo efeito – validade da prova.

Abstract

The action of the infiltrated agent in criminal organizations may be considered essential for the criminal investigations. In case the agent collects the evidence acting as the author of the crime, what are the solutions the portuguese and brazilian legal order predict? What are the allowed and prohibited conducts to the agent for the existence or not of a penal punishment? Will be there punishment to the agent who provokes who is being investigated to commit crimes? The legal regime of covered actions will be implement in an independent, subsidiary or cumulative way to Penal Code? If the acts of the infiltrated agent are illicit, the evidence produced/collected by him can be considered valid in Penal Process? How is the double effect theory related to that problem?

The elevated judicial complexity of the topic in debate makes difficult the construction of each answer. However, we will seek to find them closely with the law, doctrine and jurisprudence, based on analytical concept of crime, the portuguese law number 101 from 2001 and the brazilian law number 12.850 from 2013.

Keywords: infiltrated agent - organized crime - criminal investigation - double effect - evidence validity.

Abreviaturas e sigas

CRP – Constituição da República Portuguesa

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

DCIAP – Departamento Central de Investigação da Ação Penal

MP – Ministério Público

PGR - Procuradoria-Geral da República

PSP – Polícia de Segurança Pública

PJ – Polícia Judiciária

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

STJ (Br) – Superior Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

STF – Supremo Tribunal Federal

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

T.E.D.H. – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

TRC – Tribunal de Relação de Coimbra

TRE – Tribunal de Relação de Évora

TRL – Tribunal de Relação de Lisboa

TRP – Tribunal de Relação do Porto

Introdução

Não seria coerente discutirmos no Estado de Direito a punição dos elementos policiais que atuam absolutamente em conformidade com a Constituição e a lei. A problemática jurídica que para nós é colocada refere-se aos conceitos, fundamentos e consequências quando o agente infiltrado pratica um fato punível.

Imaginemos que o agente A pertencente a Polícia de Segurança Pública – PSP, é chamado pelo Estado para atuar como agente infiltrado na investigação criminal em face da organização criminosa Y.

Sob autorização judiciária competente e em obediência hierárquica aos responsáveis pela operação de infiltração, ele assume identidade falsa, porém, assim faz, unicamente com o objetivo de ingressar e no prazo determinado manter sua temporária condição de membro da organização investigada.

De forma cuidadosa e minuciosamente planejada, o agente instala escutas ambientais e câmeras escondidas no “território criminoso”. Em decorrência disso, consegue-se além de identificar os líderes da organização, obter provas dos crimes por eles cometidos, assim como, de seus “subordinados”.

Entretanto, ainda no exercício da função, isto é, figurado como “criminoso”, o agente recebe a “ordem” do líder H para acompanhar o transporte de estupefacientes de Lisboa para Coimbra. No decorrer da viagem ele ouve que alguns membros da organização buscam sorrateiramente instalar uma bomba na Avidada da Liberdade e, mediante tortura, “arranca” a informação de que os indivíduos B e C, em determinada data executarão tal ato.

Supondo que o agente julgue impossível que B e C conseguirão êxito nesta pretensão se atuarem sozinhos, então, aponta uma pistola .40 S&W para a cabeça da filha do investigado C, ameaçando-a de morte a fim de conseguir mais informações. Não satisfeito, em ato contínuo, para que B informe o nome dos demais potenciais executores do referido crime, instiga C a agredir gravemente B.

A equipe investigativa toma conhecimento de tais atos e ordena ao agente para imediatamente encerrar a operação. Todavia, concluindo que seria seu “último dia” como membro da organização criminosa Y, ou seja, a “autonomia de praticar crimes” sem punição iria cessar em breve, o agente injustificadamente “aproveita” para dirigir sem carta de condução e sob

o efeito de álcool, instiga a aquisição, o transporte e o consumo de drogas, e, como “despedida” assassina covardemente 3 civis.

Posto isto, estamos diante das hipóteses de impunibilidade penal? Se a resposta for negativa, quais os atos do agente que poderão ser considerados puníveis? Quais seriam as condutas permissivas para que não houvesse punibilidade?

Quando estudamos sobre a possibilidade do agente infiltrado ser autor de fato punível, reconhecemos que esta técnica policial (infiltração de agentes) nem sempre será desenvolvida em absoluta observância as normas penais e processuais.

Contudo, por qual razão seria admitido no ordenamento jurídico vigente o uso desse recurso especial revestido de não punibilidade de atos expressamente proibidos pela lei? No capítulo 1, estudaremos acerca da indispensabilidade, constitucionalidade, conceituação, previsão legal e os requisitos essenciais à infiltração agentes.

A observância da conduta do agente infiltrado remete a nossa pesquisa para a solícita análise jurídica da Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, artigo 6º e da Lei n.º 12.850 de 2013, artigo 13º. Todavia, seguindo o entendimento da doutrina, no capítulo 2, buscaremos responder as perguntas suscitadas, observando preliminarmente o conceito analítico do crime. Valendo-nos desse pilar abordaremos a justificação do fato típico nas ações encobertas: a relação entre a tipicidade e a ilicitude da conduta do agente, a legítima defesa, a teoria do duplo efeito, o cumprimento do dever e o estado de necessidade.

Reconhecemos que nem sempre será possível o afastamento da tipicidade, da ilicitude ou da culpa nas ações do agente infiltrado, assim, abordaremos no capítulo 3 quais as condutas permitidas pelo artigo 6.º da Lei n.º 101 de 2001 e pelo artigo equivalente da lei brasileira, o que o legislador pretendeu ao mencionar devida proporcionalidade, a solução jurídica apresentada e os efeitos penais da atuação diversa, provocativa.

O caso exposto referiu-se a fatos puníveis pelo ordenamento jurídico português e brasileiro, no entanto, a solução penal material para o fato, isto é, a punição ou a impunibilidade do agente infiltrado em si, não certifica a prova penal de conformidade com as normas processuais. As questões referentes ao conceito de prova, os limites para obtenção da verdade e as proibições de prova, serão abordadas no capítulo 4.

1. Infiltração de Agentes

1.1 Indispensabilidade

Em 2010 Portugal tinha em média 441 policiais por 100.000 habitantes¹, contudo, a eficiência da atuação policial portuguesa se dava não pela onipresença do patrulhamento policial tático ostensivo, mas ao uso eficaz de inteligência policial², que “deve ser vista como uma atividade central que informa e dirige todas as restantes áreas da atividade da polícia”³.

As técnicas policiais por meio ostensivo apesar possuir de grande importância para prevenção e repressão de atos ilícitos, atinge de modo contundente e eficaz tão somente os executores do crime⁴. São suas limitações cumuladas com a ineficácia dos meios de produção de prova tradicionais especialmente em face a criminalidade grave e organizada como: terrorismo, tráfico de estupefacientes, armas e outros, conduzem o nosso pensamento para que venhamos concluir que os meios especiais de produção/recolha da prova, dentre eles a infiltração de

¹ FERNANDES, Luís Fiães, *Intelligence e Segurança Interna*, 2014, p. 11.

² Her Majesty's Inspectorate of Constabulary, 1997, p. 1, citado por Fernandes, Luís Fiães, *Intelligence e Segurança Interna*, 2014, p. 187.

³ A “inteligência de boa qualidade é vital numa organização policial moderna. Esta permite uma compreensão clara da criminalidade, identifica quais os criminosos que estão ativos, quais os crimes estão ligados e onde são susceptíveis de ocorrer problemas”, Her Majesty's Inspectorate of Constabulary, 1999, p. 3, citado por Fernandes, Luís Fiães, *Intelligence e Segurança Interna*, 2014, p. 159.

⁴ Por exemplo, em outubro de 2016 equipe da Rotam (ROTAM – Rondas Ostensivas Táticas Metropolitana, criada pela Polícia Militar do Estado de Goiás, Brasil, em 1991) n.º 7215 recebeu uma denúncia anônima (Site oficial da Polícia Militar do Estado de Goiás, <http://www.pm.go.gov.br/index.php?link=2&idc=100260&idt=2>, acesso em 03/07/2017, às 21:05), de que supostamente os membros de uma quadrilha planeava transportar alguns veículos roubados até outro país para serem utilizados como moeda de troca por armas e drogas. De acordo com a denúncia a Rodovia BR 060 seria a rota a ser utilizada pelos criminosos. Os patrulheiros (equipe policial) com o apoio do serviço de inteligência do Comando de Policiamento da Capital (Goiânia) montaram a operação conseguiram interceptar e prender o grupo de criminosos presentes na ocorrência. Sobre políticas criminais portuguesas e brasileiras, vide, Coordenação de Manuel Monteiro Guedes Valente, *Ciências Policiais e Política Criminal*, Justiça e Segurança: um discurso de liberdade democrática, 2015.

agentes, em circunstâncias excepcionais são essenciais (muito importantes) ou até mesmo indispensáveis⁵.

Em um time de futebol os defensores são fundamentais para a equipe que almeja conquistar o título, porém, se todos os futebolistas atuassem apenas nessa função o êxito no torneio seria impossível. O policiamento ostensivo é importante na política criminal, porém não é a única ferramenta essencial.

No desenvolvimento da história encontraremos diversificações quanto as formas de execução de crimes, conseqüentemente, de igual modo, identificaremos variações dos meios utilizados para a obtenção de provas.

A presença física do agente de polícia publicamente assim identificado inibe a prática de crimes. Contudo, apenas aumento do número de elementos da força de segurança por habitantes, sem o conjugar com o avanço em inteligência não conterà o avanço da criminalidade organizada e ainda engessará a atividade policial ao “estranho triunfo de ideias falhadas”⁶, isto é, a uma política criminal ineficiente.

A criminalidade “organizou-se, tecnicizou-se, invisibilizou-se, coletivizou-se, transnacionalizou-se, deixou de estar preferencialmente ligada a fenômenos individuais de inadaptação social. Deixou de ser um estigma exclusivo do pobre, (...) ou do sem abrigo”⁷. A qualificação de infrator já não é um rótulo do indivíduo o “socialmente desviado” em uma comunidade “desprovida” de oportunidades⁸.

⁵ Apesar do considerável êxito, todavia, o patrulhamento tático ostensivo coordenado, ainda que muito importante e indispensável para a política criminal, porém, se torna ineficaz se aplicado como único meio de prevenção, repressão e investigação de crimes cometidos por integrantes de organizações criminosas. Se as forças de segurança utilizassem apenas o patrulhamento tático ostensivo como técnica policial em face ao crime organizado, os líderes de organização criminosa, assim como, os demais membros não presentes na prática ilícita desbaratada, não seriam alvos da investigação criminal.

⁶ KRUGMAN, Paul Robin, "... viveremos um estranho triunfo de ideias falhadas".

⁷ SANTOS, António de Almeida, Pare, pense e mude, editorial notícias, 2002, p. 294.

⁸ Argumenta-se (SANTOS, António de Almeida, Pare, pense e mude, editorial notícias, 2002, p. 293) que o ilícito “orçamento mundial” do tráfico de estupefacientes se dá em aproximadamente oitocentos mil milhões de dólares ano e em cem mil milhes de dólares ano o de branqueamento de capitais. Tamanho lucro é reinvestido em outras aquisições e construções que corroborar com a pratica criminosa. O avultado “lucro” do crime é infiltrado “cada vez mais profundamente na denominada economia ‘lícita’, matizando a origem dos seus capitais e mesclando-os com dinheiro legítimo” (DAVIN, João, A Criminalidade Organizada Transnacional, Almedina, 2004, p. 17).

Nem todo crime cometido de forma organizada poderá ser classificado como se fora meio de organização criminosa. No entanto, a atividade criminosa tornou-se complexa e é essa excepcionalidade que justifica que as técnicas investigativas de uso restritivo sejam igualmente complexas⁹. Pois, “os clássicos meios de prova e de obtenção de prova, desenvolvidos na estrita observância de um amplo conjunto de princípios fundamentais, têm-se revelado, duma maneira geral, impotentes e ineficazes para responder às dificuldades trazidas pela nova criminalidade”¹⁰.

Por conseguinte, o então Ministro da Justiça (Antônio Costa, em 2001), defendeu que o combate ao crime organizado por meio das ações encobertas, especialmente a infiltração de agentes, são ações de inteligência necessárias que se traduzem em maior segurança para os cidadãos¹¹.

Destacamos entretanto que, “com vistas a um atuar eficaz”¹² apesar de possuir um determinado grau de invasão à vida privada dos investigados e que o seu uso não extraordinário revestiria a investigação de ineficácia e irrelevância. A busca pela verdade não é um princípio absoluto, devendo esta ser sacrificada se obtidas por meios inadmissíveis. Seria teratologia legal dar ao agente um salvo conduto para praticar crimes. O Estado possui o interesse de investigar, processar e punir os criminosos, todavia, sem desrespeitar os direitos e garantias fundamentais.

1.2 Constitucionalidade

No tópico anterior buscamos verificar a existência ou não da necessidade de admissibilidade da figura do agente infiltrado no ordenamento jurídico. Se o considerarmos como uma ferramenta dispensável (não necessária) ou inútil, pouco ou quase nada valeria a presente discussão. Mas, se ao estudar razões apresentadas e reputarmos a infiltração de agentes como indispensáveis para que em democracia tenhamos uma política de segurança pública eficaz,

⁹ PEREIRA, Flávio Cardoso, 1967, Lisboa : Juruá, 2016, p. 319 e 325.

¹⁰ BRAZ, José, Investigação Criminal A organização, o método, e a prova Os Desafios Da Nova Criminalidade, 2009, p. 293.

¹¹ Diário da República, I série, n. 99, de 22 junho de 2001.

¹² MELO, Débora Thais de, Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção e o problema específico dos bens jurídicos coletivos, A corrupção, Coimbra Editora, 2009, p. 49.

precisamos responder a seguinte pergunta: nem tudo que julgamos necessário é ética e legalmente permitido, destarte, a infiltração de agentes é constitucional?

Se a resposta for negativa a leis que dispõem acerca deste tema não poderão ser aplicadas, seja na conceituação ou no detalhamento dos possíveis atos do agente, e consequentemente, também as hipóteses de exclusão da ilicitude ou de desculpa se houver. Qual força normativa teria uma lei inconstitucional? Nenhuma.

Pretendemos de modo central analisar as condutas puníveis do agente infiltrado e as soluções apresentadas pelo ordenamento jurídico português e brasileiro. Partindo então da primícia constitucional, se entendermos que esse instrumento ainda que excepcional é inconstitucional, não será necessário recorrermos ao estudo detalhado da lei especial para que de forma unânime venhamos a concordar com a impossibilidade de extinção da ilicitude e de igual modo de desculpa. Recorreremos aos artigos da lei material e processual se encontrarmos o seu fundamento basilar na Constituição e se assim entende do Tribunal Constitucional.

O que a Constituição da República Portuguesa diz a respeito desse assunto? Quais são as decisões do Tribunal Constitucional a respeito do tema exposto e o quais os conceitos e fundamentos jurídicos que elas nos apresentam?

A questão de constitucionalidade foi colocada em discussão no Tribunal Constitucional português. “Foi, porém, a validade desta prova e não o facto de não ser punível a conduta que o agente infiltrado desenvolveu que a recorrente questionou perante a Relação”¹³.

Por se tratar de um método excepcional, esse assunto não é recorrente nos tribunais. No espaço de 50 anos, podemos citar que em 1998 o T.E.D.H., “julgou de um modo expresso um caso relacionado com a temática agente infiltrado/provocador”¹⁴.

O artigo 272.º da CRP¹⁵ reveste a polícia do dever constitucional de garantir o respeito e o cumprimento da lei, contudo, conforme salienta Manuel Monteiro Guedes Valente¹⁶, “se lhe cumpre tão nobre missão, não pode a mesma apartar-se da legalidade que defende e garante sob pena de esboroar à lei e à Constituição”.

¹³ TC, Acórdão n.º 578/98.

¹⁴ LOUREIRO, Joaquim, *Agente Infiltrado? Agente Provocador!*, Almedina, 2007, p. 10.

¹⁵ CRP, Artigo 272.º (Polícia): “1. A polícia tem por funções defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos. 2. As medidas de polícia são as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário”.

¹⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Teoria Geral do Direito Policial*, 2017, Almedina, p. 240.

Para que as ações do agente estejam em conformidade com os princípios legais, impreterivelmente deve-se observar a obediência ao princípio da legalidade, que pode ser dividido em duas dimensões. A dimensão negativa¹⁷ define que todos os atos de polícia deve se limitar a lei, ou seja, a lei é quem faz nascer a entidade policial e normatiza o respeito aos limites que asseguram a legitimidade das suas ações. Os atos diversos podem ser considerados ilegais. A dimensão positiva¹⁸ estabelece que o polícia só poderá agir de acordo com determinação da lei ou sob sua autorização. Sendo portanto, ilegal o ato que não esteja revestido de autorização legal.

Não pode o Estado autorizar a satisfação do anelo criminoso de seus agentes, ainda que, sob a alegação de buscar a descoberta da verdade ou em prevenir a ocorrência de outros crimes. Isso seria inadmissível no Estado de Direito. Como poderia um Estado representar seus cidadãos agindo de modo diverso de que fora constituído? O respeito as normas legais estão além de um fato jurídico de uma operação de infiltração de agentes. Trazemos a baila a necessidade quanto ao cumprimento das normas, princípios e conceitos basilares do próprio Estado de Direito. O Direito se amoldado no calor causticante de um fato, provavelmente estará fadado ao fracasso rumo ao caminho ditatorial inquisitivo, que de modo injusto, autoritário e desprovido das garantias constitucionais, conduz as apurações dos acontecimentos.

A jurisprudência portuguesa se pronunciou sobre essa questão constitucional no conhecido caso Teixeira Castro. Em 1992 os agentes da P.S.P., trajados de civil se apresentaram na casa de Victor Sampaio como interessados na compra de estupefacientes, porém, Victor relatou que não possuía nenhuma droga.

O arguido respondeu reiteradamente que não possuía nenhuma substância ilícita, entretanto, os agentes não conformados com a clara e repetida resposta de Victor, insistiram e o investigaram a infringir a lei (adquirir drogas) com “um maço de notas”. Coincidentemente, Felipe que também estava presente no fato, indicou Francisco Teixeira de Castro como possível “fornecedor” de drogas. “Cegos” pela ambição e desejosos para receber o dinheiro, ambos entraram no carro dos agentes.

O então resistente Teixeira de Castro foi “seduzido” pelo dinheiro exposto pelos agentes, se comprometeu a entregar a tão “desejada” droga na casa de Victor. Aproximadamente a 1H da manhã, Castro chegou a casa de Victor portando o estupefaciente encomendado. Em ato

¹⁷ GOMES Canotilho e VITAL Moreira, Constituição da República..., 3º Edição, 1993, p. 922-923, Coimbra Editora.

¹⁸ Ob. Cit.

contínuo, os agentes outrora disfarçados identificaram-se como policiais e deram voz de prisão aos arguidos.

O Tribunal Constitucional português foi chamado para se pronunciar quanto à constitucionalidade e a ilegalidade¹⁹ dessa técnica especial de investigação, infiltração de agentes. No acórdão n.º 578/98²⁰ o TC foi questionado quanto ao método utilizado para obtenção da prova, agente infiltrado, todavia, sem prévia existência de um inquérito.

O recorrente alegou nos autos que a atuação do agente infiltrado se traduzia na invasão da esfera dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos investigados, assim, violaria a CRP, o que consequentemente, desencadearia nulidade absoluta das provas obtidas.

Referindo-se a norma legal que conceituou e detalhou os instrumentos extraordinários de investigação, ações encobertas, o Tribunal Constitucional entendeu que a atuação do agente não extrapolou o seu dever constitucional²¹.

Conforme destaca Germano Marques da Silva, a CRP permite a limitação de direitos fundamentais em matéria de processo criminal²². O chamado Direito Constitucional “vivo”²³ norteia o eixo exegético penal. A hermenêutica criminal é desenvolvida pela simbiose entre os princípios e normas constitucionais penais.

¹⁹ Análise constitucional, vide, Paulo Otero, *Direito Constitucional Português*, volume II, 2010, especialmente, p. 422, explica a competência do Tribunal Constitucional para apreciar a constitucionalidade e ilegalidade de normas (artigos 278 a 283, da CRP).

²⁰ Acórdão n.º 578/98, processo n.º 835/98, Relator: Conselheiro Messias Bento, 3ª Secção do Tribunal Constitucional.

²¹ O caso *Teixeira de Castro c. Portugal*, foi apreciado no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, no acórdão de 9 de junho de 1998. Foi reconhecido como diverso aos limites legais, portanto, formador do crime, em violação do artigo 6.º, § 1º, da Convenção, *Teixeira de Castro c. Portugal*, Acórdão de 9 de junho de 1998, Requête n.º 25829/94 (CEDH, artigo 6.º §1).

²² SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Volume II, 2008, p. 246.

²³ PALMA, Maria Fernanda, *Direito Constitucional Penal*, 2011, p.15, “a Constituição Penal será, assim, uma combinação entre intenções normativas explícitas e respostas construídas a partir de problemas de interpretações-decisão do Direito Penal. Mas a combinação entre intenções e normativas formuladas no texto constitucional e o desenvolvimento de princípios e normas constitucionais através dos problemas interpretativos do Direito ordinário constitui objeto de conhecimento do Direito Constitucional, naquele sentido de um Direito Constitucional “vivo”, entendido como conjunto de critérios de decisão de problemas penais”.

Reconheceu também que a infiltração de agentes representa sempre o emprego de alguma deslealdade, no entanto, que destacou que essa deslealdade não é superior a outras técnicas excepcionais invasivas, tipificadas pelo legislador penal²⁴. A proporcionalidade invasiva levantada, já era admitida em outros métodos de investigação, sendo esta portanto, uma questão superada pelo legislador e pelo entendimento do Tribunal Constitucional.

Portanto, a infiltração de agentes é um meio necessário²⁵ “para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”²⁶ e minimamente lesivo. No elo entre a proporcionalidade lesiva permitida com o fim pretendido, quando se tratar de organizações criminosas, entre o direito a não intromissão e o direito a segurança, deve prevalecer a garantia ao último.

1.3 Conceituação

Como já vimos, se a infiltração de agentes não fosse um método necessário as normas jurídicas sobre o tema seriam irrelevantes e se inconstitucional, inaplicáveis. Mas, se

²⁴ “Há que dizer, antes de mais nada, que a verdadeira questão de constitucionalidade a coloca a própria utilização de agentes infiltrados na investigação criminal, pois tem que reconhecer-se que o recurso a uma tal técnica de investigação representa sempre o emprego de alguma deslealdade. E isso leva certa doutrina a apodiar de imoral e desonesto o comportamento das instâncias da justiça criminal que lançam mão desse método oculto de investigação sublinhando que ele é capaz de pôr em causa a dignidade, a cultura jurídica e a legitimação do processo penal. No entanto, há também que reconhecer que essa deslealdade não é superior àquela que vai implicada, por exemplo, no emprego de escutas telefónicas como processo de investigação criminal” (acórdão n.º 578/98, do Tribunal Constitucional).

²⁵ Acórdão n.º 578/98, processo n.º 835/98, , Relator: Conselheiro Messias Bento, 3ª Secção do Tribunal Constitucional: “não obstante os perigos que comporta a utilização de agentes infiltrados, e a dose de deslealdade que nela vai implicada, considera-se hoje que, estando em causa certo tipo de criminalidade grave (terrorismo, tráfico de droga, criminalidade violenta ou organizada), é impossível renunciar ao serviço do undercover agent. Está-se em domínios em que os interesses que se entrecruzam são de tal ordem, e os meios, de que os criminosos dispõem, tantos e tão sofisticados, que a sociedade quase se sente impotente para dar combate a tal criminalidade. E, por isso, aceita-se aqui alguma excepcionalidade no modo de obter as provas”.

²⁶ CRP, ARTIGO 18.º (Força jurídica), “2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”.

necessário e constitucional, ainda assim, antes de analisarmos as hipóteses de punição pelos fatos praticados pelo agente, precisamos ter a definição do que é agente infiltrado.

Por exemplo, só poderemos aplicar as sanções em decorrência de incumprimento das obrigações dos advogados obviamente aquele que for advogado. Será que imagináramos sendo punidos pela Ordem dos Médicos se não temos nenhuma formação na área e que jamais exercemos (legal ou ilegalmente) a medicina? Algumas garantias são constituídas exclusivamente ao profissional em razão do exercício de função, assim ocorre com as obrigações.

A doutrina portuguesa diferencia à definição entre agente infiltrado e agente encoberto, porém, a distinção do conceito de agente infiltrado entre os ordenamentos jurídicos português e brasileiro ocorre principalmente em decorrência da aprovação da Lei brasileira n.º 12.850 de 2 de agosto de 2013, que definiu organização criminosa e dispôs sobre a investigação criminal e os meios de obtenção da prova. Podendo atuar como agente infiltrado apenas aqueles que são agentes de polícia com atuação precípua de investigação²⁷. Diferentemente da legislação portuguesa que prevê a hipótese de terceiro²⁸ atuar como agente infiltrado²⁹.

O agente infiltrado pode ser qualificado como verdadeiro especialista que busca reunir elementos probatórios que justifiquem de fato a sua necessária utilização.

²⁷ Lei 12.850, art. 10. “A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites”.

²⁸ Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, artigo 1.º, 2, “Consideram-se ações encobertas aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro atuando sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade”.

²⁹ Qualquer terceiro poderia se voluntariar para o serviço de infiltração policial? As forças policiais não alicerçam o seu trabalho de modo amador ou desorganizado. Os elementos da operação de infiltração em nada se compara ao inexistente risco de lesões graves ou morte no exemplo onde em uma família com cinco irmãos um deles começa apurar qual destes comeu o chocolate alheio que outrora estava na geladeira. Quando referimos a uma investigação em face ao crime organizado é previsível o elevado risco à integridade física e de morte do agente. A operação de infiltração é construída de modo sigiloso e com estrutura capaz de garantir a segurança dos agentes. A possibilidade de terceiro atuar como agente infiltrado não se traduz ao seu uso negligente, mas na composição de uma equipe especial qualificada.

Nuno Gomes³⁰ considera que “agente infiltrado – polícia ou agente por si comandado – é aquele que se insinua nos meios em que se praticam crimes, com ocultação da sua qualidade, de modo a ganhar a confiança dos criminosos e obter informações e provas contra eles, mas sem os determinar à prática de infracções. Neste caso, o agente não suscita a infracção, introduz-se na organização com o objetivo de descobrir e fazer punir o criminoso, não atuando para dar vida ao crime, antes contribuindo para a sua descoberta”.

Para alguns³¹ o agente infiltrado sob o anelo de ganhar a confiança dos criminosos não está habilitado à prática crimes. Costa Andrade adota o conceito extensivo “abrangendo todas as testemunhas que colaboram com as instâncias formais da perseguição penal, tendo como contrapartida a promessa de confidencialidade da sua identidade e atividade. Cabem aqui tanto os particulares (presentes ou não ao submundo da criminalidade) como os agentes das instâncias formais, nomeadamente da política (Untergrundfahnder, under cover agent, agentes encobertos ou infiltrados), que disfarçadamente se introduzem naquele submundo ou com ele entram em contato; e quer se limitem à recolha de informações (Polizeispitzel, detection), que vão ao ponto de provocar eles próprios a prática do crime (polizeiliche Lockspitzel, agent provocateur, entrapment)”³².

Manuel Augusto Alves Meireis entende o conceito de agente infiltrado “como aquele que da autoridade ou cidadão particular (mas que atue de forma concentrada com a polícia) que, sem revelar a sua identidade ou qualidade e com o fim de obter provas para incriminação do(s) suspeito(s), ou então simplesmente, para a obtenção da *notitia criminis*, ganha a sua confiança pessoal, mantendo-se a par dos acontecimentos, acompanhando a execução dos fatos, praticando atos de execução se necessário for, por forma a conseguir a informação necessária ao fim a que se propõe”³³. E, o agente encoberto atuaria como “um agente da autoridade, ou alguém que com ele atua de forma concentrada, que sem revelar a sua identidade ou qualidade, frequenta os meios conotados com o crime na esperança de descobrir possíveis

³⁰ Processo: 182/09.6JELSB.L1-5, Relator NUNO GOMES DA SILVA, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 22/03/2011.

³¹ GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; Lei e Crime: O agente infiltrado, versus o agente provocador, Ed. Almedina, 2001.

³² ANDRADE, Manuel da Costa, Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, Coimbra, 1992, p. 220.

³³ MEIREIS, Manuel Augusto Alves, O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal, Almedina, 1999, p. 163-164.

delinquentes; não provoca ao crime, nem conquista a confiança de ninguém. A sua presença e a sua qualidade é indiferente para determinar o rumo dos acontecimentos; naquele lugar e naquele momento poderia estar qualquer outra pessoa e as coisas aconteceriam da mesma forma; aqui o risco corre, no todo, por conta do delinquente”³⁴.

A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça nos apresenta algumas definições referentes a definição ao que seria o agente infiltrado.

Carmona da Mota³⁵, elucidou que o agente infiltrado ou o informador em circunstância alguma atuam de modo ilícito, portanto, não participariam da prática criminosa, mas apenas maneira informativa.

Simas Santos³⁶ esclareceu que o agente infiltrado foi reconhecido como aquele que não faz nascer o ato criminoso “limitando-se a introduzir-se na organização com objetivo de descobrir e fazer punir o criminoso, não atuando, pois, para dar vida ao crime, mas com uma pretensão de descoberta, de revelação”. O agente provocador por outro lado suscita ou reforça “a resolução criminosa”.

Nunes da Cruz³⁷ expõe que “a existência de agente informador - homem de confiança - ou de agente policial encoberto, que atua com o propósito e finalidade de repressão e desmantelamento de uma rede de tráfico de estupefacientes não é meio de prova proibido, quando

³⁴ Ob. Cit.

³⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º. 03P2032, relator CARMONA DA MOTA, 30/10/2003; “A questão dos agentes informadores e infiltrados não tem, porém, a mesma tensão da dos agentes provocadores; estes são sempre inadmissíveis, porque agentes do próprio crime, e em circunstância alguma se pode admitir que a Justiça atue por meios ilícitos e que o combate à criminalidade se possa fazer por meios criminosos; os agentes informadores e infiltrados não participam na prática do crime, a sua atividade não é constitutiva do crime, mas apenas informativa, e, por isso, é de admitir que, no limite, se possa recorrer a estes meios de investigação”.

³⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º. 02P4510, Relator SIMAS SANTOS, 20/02/2003, “Enquanto o agente infiltrado trabalha num meio em que os crimes já foram praticados, estão em execução ou na iminência de ocorrerem, o agente provocador incita, instiga outrem à prática do crime, torna-se autor mediato do crime. Devendo reconhecer-se que é por vezes difícil distinguir entre o modo de atuação de um agente provocador e o do agente infiltrado, importa reter que, enquanto o agente provocador fez nascer ou reforçar a resolução criminosa, a ação do agente infiltrado não suscitou a infracção, limitando-se a introduzir-se na organização com objetivo de descobrir e fazer punir o criminoso, não atuando, pois, para dar vida ao crime, mas com uma pretensão de descoberta, de revelação”.

³⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º. 047221, Relator NUNES DA CRUZ, 06/07/1995.

ele em nada contribuiu para a formação do propósito criminoso dos arguidos. É admissível não chamar a depor esse homem de confiança, tendo em conta o interesse legítimo das autoridades policiais na investigação do tráfico de estupefacientes, de forma a preservar o seu anonimato e a protegê-lo de previsíveis futuras retaliações”.

Augusto Alves³⁸ explica que “a figura do agente provocador em que um membro da autoridade policial, ou um civil comandado pela polícia, induz outrem a delinquir por forma a facilitar a recolha de provas da ocorrência do ato criminoso. Diferente da figura do agente provocador é a do agente infiltrado, caracterizando-se esta por o agente se insinuar junto dos agentes do crime, ocultando-lhes a sua qualidade, de modo a ganhar as suas confianças, a fim de obter informações e provas contra eles mas sem os determinar à prática de infracções”. Portanto, “comumente vêm-se aceitando as provas obtidas através do agente infiltrado, porque, se a utilização do agente provocador representa sempre um ato de deslealdade que afeta a cultura jurídica democrática e a legitimação do processo penal que a acolhe, tal não ocorre naquela figura, em que tais valores não se revelam afetados”.

Sa Nogueira³⁹ preconiza que “a figura do ‘agente provocador’ implica que este desenvolva uma atividade destinada a, mediante engano ou embuste, forçar alguém à prática de um ato de natureza criminal. Portanto, não pode ser considerado agente provocador, o polícia que se limita a vigiar e seguir os suspeitos, para conseguir surpreendê-los em flagrante atividade ilícita”.

Guedes Valente defende que o agente encoberto não precisa de autorização judicial porque não ingressa ao âmbito criminoso, logo, não pratica crimes nem age em colisão com os direitos fundamentais dos suspeitos. Ele atua na espera que a infração ocorra, porém, não se prendendo ao catálogo de crimes previstos no regime jurídico das ações encobertas,⁴⁰. Sendo “o agente infiltrado uma formação moral e ética muito forte e fundada em valores e princípios cimentados no respeito pelos direitos, liberdades e garantias individuais para que a sua ação apenas seja informativa e não formativa do crime”⁴¹.

³⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 98P999, Relator AUGUSTO ALVES, 13/01/1999.

³⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 97P1174, Relator SA NOGUEIRA, 04/06/1998.

⁴⁰ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, Teoria Geral do Direito Policial, 2009, p. 401.

⁴¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, citado por Joaquim Loureiro, Agente Infiltrado? Agente Provocador!, Almedina, 2007, p. 200.

Virgílio Oliveira⁴² sublinha que o “agente provocador convence outrem ao crime, determina a vontade para o ato ilícito; o agente infiltrado opera no sentido de ganhar a confiança do suspeito e, na base dessa confiança, mantém-se a par do comportamento daquele, praticando, se necessário, atos de execução em integração do seu plano, mas não assume o papel de instigador; o agente encoberto aparece com uma posição exterior ao crime e ao criminoso, ou seja, nem provoca nem se insere no âmbito das relações de confiança do investigado”.

Zafra Espinosa elucida que o agente infiltrado é aquele que oculta sua identidade real para ganhar a confiança dos membros da organização criminosa, porém, age dentro dos parâmetros que a lei penal estabelece, por conseguinte, nos limites da proporcionalidade, necessidade e finalidade da sua ação⁴³.

Isabel Oneto explica que o agente encoberto mantém seu lugar e sua identidade na estrutura policial e atua em operações “light cover” de pequena duração (menos de seis meses), exigindo menor grau de planejamento e risco, sendo o agente encoberto caracterizado como uma subespécie do agente infiltrado⁴⁴.

No âmbito jurídico brasileiro a “infiltração de agentes consiste em um meio especial de obtenção da prova – verdadeira técnica de investigação criminal por meio do qual, agentes policiais, judicialmente autorizados, ingressam em determinada organização criminosa, forjando a condição de integrante, com escopo de alcançar informações a respeito de seu funcionamento e de seus membros”⁴⁵.

1.4 Previsão legal e requisitos

Sendo a infiltração de agentes necessária para a manutenção da ordem em democracia e reconhecida pelo Estado de Direito como constitucional. Após conceituarmos essa figura, precisamos verificar no ordenamento jurídico a sua previsão legal e os seus requisitos, para então, correlacionarmos a moldura legal com as implicações do fato.

⁴² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo nº. 00P2752, Relator VIRGÍLIO OLIVEIRA, 13/12/2000.

⁴³ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, La lucha contra el crimen organizado en el borrador del Código Procesal Penal: el agente encubierto, In: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, p. 570-571.

⁴⁴ ONETO, Isabel, O agente Infiltrado, 2005, p. 140.

⁴⁵ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius; Crime Organizado, 2016, p. 272.

Para analisarmos algum caso em concreto, por exemplo, um homicídio cometido pelo agente, precisamos primeiramente encontrar as disposições legais sobre o tema. Com a compreensão do fato, da lei aplicável e as condições para o seu devido uso, passaremos a ter os elementos vitais para que possamos buscar as possíveis soluções que o ordenamento jurídico nos apresenta.

A utilização dos meios especiais de produção de prova, dentre eles a infiltração de agentes, ocorre apenas em circunstâncias excepcionais, cuja necessidade justifica o uso dessa técnica especial de investigação criminal.

A Lei n.º 101 de 2001, no artigo 3.º, n. 1, determina que “as ações encobertas devem ser adequadas aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto, nomeadamente a descoberta de material probatório e proporcional quer àquelas finalidades quer à gravidade do crime em investigação”.

A infiltração de agente é tratada pela lei citada e pela doutrina⁴⁶, como um instrumento especial, ou seja, inaplicável quando não se tratar de investigação de crimes menos gravosos⁴⁷. A natureza subsidiária desse instituto está elencada tanto no ordenamento jurídico

⁴⁶ GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Centro de Estudios Jurídicos, *El agente encubierto y las garantías del proceso penal*, 2006, p. 224.

⁴⁷ A Lei 101/2001 prevê no artigo 2º o rol de crimes passíveis de serem investigados pelo uso dos meios especiais de investigação (ações encobertas). Os tipos penais fora do catálogo legal, isto é, atos de menor gravidade, por exemplo: o simples consumo de estupefacientes ou pequenos furtos, não são compatíveis com a necessária excepcionalidade do uso da infiltração de agentes. Lei 101/2001, artigo 2.º, “As ações encobertas são admissíveis no âmbito da prevenção e repressão dos seguintes crimes: a) Homicídio voluntário, desde que o agente não seja conhecido; b) Contra a liberdade e contra a autodeterminação sexual a que corresponda, em abstrato, pena superior a 5 anos de prisão, desde que o agente não seja conhecido, ou sempre que sejam expressamente referidos ofendidos menores de 16 anos ou outros incapazes; c) Relativos ao tráfico e viciação de veículos furtados ou roubados; d) Escravidão, sequestro e rapto ou tomada de reféns; e) Tráfico de pessoas; f) Organizações terroristas, terrorismo, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo; g) Captura ou atentado à segurança de transporte por ar, água, caminho-de-ferro ou rodovia a que corresponda, em abstrato, pena igual ou superior a 8 anos de prisão; h) Executados com bombas, granadas, matérias ou engenhos explosivos, armas de fogo e objetos armadilhados, armas nucleares, químicas ou radioativas; i) Roubo em instituições de crédito, repartições da Fazenda Pública e correios; j) Associações criminosas; l) Relativos ao tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas; m) Branqueamento de capitais, outros bens ou produtos; n) Corrupção, peculato e participação económica em negócio e tráfico de influências; o) Fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção; p) Infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada ou com recurso à tecnologia informática; q) Infracções económico-financeiras de

português quanto no brasileiro. A essência excepcional deste meio de prova não pode ser contaminada pela sua utilização na simples investigação criminal. A infiltração somente será deferida pelo magistrado se não houver outros meios de provas disponíveis⁴⁸.

No ordenamento jurídico brasileiro a primeira normal legal que previu a infiltração de agentes foi a revogada Lei n.º 9.034 de 1995⁴⁹. Apesar de não minuciar a forma de aplicação desse meio excepcional de produção de provas, ela definiu alguns instrumentos extraordinários de investigação no combate à criminalidade organizada, como a ação controlada, a hipótese de acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias e financeiras dos investigados. A infiltração de agentes foi previsto na época como de agentes de polícia ou de inteligência.

Em 2006 a Lei n.º 13.850 instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), previu as medidas prevenção ao uso indevido de estupefacientes e reinserção social de usuários e dependentes químicos e estabeleceu normas de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. E, no seu artigo 53º, inciso I⁵⁰, previu a infiltração por

dimensão internacional ou transnacional; r) Contrafação de moeda, títulos de créditos, valores selados, selos e outros valores equiparados ou a respectiva passagem; s) Relativos ao mercado de valores mobiliários”.

⁴⁸ HABIB, Gabriel, *Leis Penais Especiais*, 2016, p. 575.

⁴⁹ Revogada Lei 9.034 de 1995, “art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (...) II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações; III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais. IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial; V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial”.

⁵⁰ Lei 13.850 de 2006, “art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes; II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível. Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores”.

agentes de polícia como um dos meios investigatórios especiais, admissível em qualquer fase da persecução criminal.

A Lei n.º 9.034 de 1995 foi revogada pela Lei n.º 12.850 de 2013, que definiu organização criminosa e dispôs sobre a investigação criminal e os meios especiais de obtenção da prova. A grande inovação do texto legal vigente é que além de prever os meios extraordinários de produção de prova, detalhou a aplicação dos instrumentos especiais de investigação. A possibilidade infiltração de agentes de polícia durante a persecução penal que investiga determinada organização criminosa está prevista no artigo 3º, inciso VII da Lei 12.850 de 2013⁵¹. Especialmente detalhada nos artigos 10º ao 14º.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê também a utilização do agente infiltrado em investigações diversa da criminalidade organizada. Por exemplo, a Lei n.º 13.260, de março de 2016, no artigo 16º, determina a aplicação dos meios extraordinários de investigação criminal elencados na Lei n.º 12.850 de 2013, ou seja, se necessário será legalmente admissível à infiltração de agentes na investigação criminal de atos terroristas⁵², ainda que, os atos ilícitos investigados estejam ausentes do contexto de criminalidade organizada⁵³.

A Lei n.º 13.344, de outubro de 2016⁵⁴, dispôs sobre prevenção e repressão ao tráfico de pessoas “cometido no território nacional contra vítima brasileira ou estrangeira e no exterior contra vítima brasileira” (art. 1º). O enfrentamento, a prevenção e repressão, bem como a proteção e o atendimento à vítima direta ou indireta do tráfico de pessoas são os princípios basilares deste dispositivo legal, e para assegurar sua eficácia, mesmo quando os investigados não

⁵¹ Lei 12.850 de 2013, “art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: (...) VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11”.

⁵² Análise sobre segurança e terrorismo em Portugal, vide, Mattos, Hermínio Joaquim, Terrorismo & Contraterrorismo, Sistema de Segurança Interna, 2016. E análise sobre segurança e terrorismo no Brasil, vide, Terrorismo: aspectos criminológicos, políticos-criminais e comentários à Lei 13.260 de 2016, autores: Fábio Roque Araújo, Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto, Luiz Flávio Gomes e Débora de Souza de Almeida, 2017.

⁵³ Lei 13.260, de março de 2016, “art. 16 Aplicam-se as disposições da Lei nº 12.850, de 2 agosto de 2013, para a investigação, processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei”.

⁵⁴ Análise sobre as implicações abrangidas pela Lei 13.344 de 2016, sobre o tráfico de pessoas, vide, Tráfico de Pessoas – Lei 13.344/16 comentada por artigos, 2017, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto.

integrarem organização criminosa, será aplicado o disposto na Lei n.º 12.850, de 2 de agosto de 2013, isto é, a infiltração de agentes de polícia⁵⁵.

Na investigação de crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente, a infiltração de agentes de polícia na internet⁵⁶ é prevista no artigo 190-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069, de julho de 1990, alterada pela Lei n.º 13.441 de maio de 2017)⁵⁷. A investigação dependerá de prévia autorização judicial, todavia, diferentemente do prazo previsto na Lei n.º 12.850, artigo 10º § 3º (6 meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde

⁵⁵ Lei 13.344, de outubro de 2016, “art. 9º Aplica-se subsidiariamente, no que couber, o disposto na Lei no 12.850, de 2 de agosto de 2013”.

⁵⁶ Sobre investigação criminal em ambiente digital vide: MACEDO, João Carlos Cruz Barbosa de, Algumas considerações acerca dos crimes informáticos em Portugal, Coimbra Editora, 2009, p. 221-262; NUNES, Duarte Rodrigues, Os meios de obtenção de prova previstos na Lei do Cibercrime, Gestlegal, 2018; RAMALHO, David Silva, Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente digital, Almedina, 2017; RIZO GÓMEZ, Belén, La infiltración policial en internet: a propósito de la regulación del agente encubierto informático en la ley orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la ley de enjuiciamiento criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, In: Justicia penal y nuevas formas de delincuencia, director José Mª Asencio Mellado, coordinadora Mercedes Fernández López, 1ª ed. – Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 97-124; e, GONZÁLEZ LÓPEZ, Juan José, Infiltración policial en Internet: algunas consideraciones, Revista del poder judicial, Madrid, n.85, 1.trim.2007, p.81-117.

⁵⁷ Lei 8.069, de julho de 1990, alterada pela Lei 13.441 de maio de 2017, “art. 190-A. A infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar os crimes previstos nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D desta Lei e nos arts. 154-A, 217-A, 218, 218-A e 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), obedecerá às seguintes regras: I – será precedida de autorização judicial devidamente circunstanciada e fundamentada, que estabelecerá os limites da infiltração para obtenção de prova, ouvido o Ministério Público; II – dar-se-á mediante requerimento do Ministério Público ou representação de delegado de polícia e conterà a demonstração de sua necessidade, o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas; III – não poderá exceder o prazo de 90 (noventa) dias, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que o total não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias e seja demonstrada sua efetiva necessidade, a critério da autoridade judicial. § 1º A autoridade judicial e o Ministério Público poderão requisitar relatórios parciais da operação de infiltração antes do término do prazo de que trata o inciso II do § 1º deste artigo. § 2º Para efeitos do disposto no inciso I do § 1º deste artigo, consideram-se: I – dados de conexão: informações referentes a hora, data, início, término, duração, endereço de Protocolo de Internet (IP) utilizado e terminal de origem da conexão; II – dados cadastrais: informações referentes a nome e endereço de assinante ou de usuário registrado ou autenticado para a conexão a quem endereço de IP, identificação de usuário ou código de acesso tenha sido atribuído no momento da conexão”.

que comprovada sua necessidade). A infiltração será autorizada pelo prazo de até 90 dias, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que o prazo total não exceda a 720 dias.

Além da observância se os crimes apurados fazem parte do catálogo legal, outro requisito essencial, é que a investigação goze de prévia autorização⁵⁸. A legislação processual não determina que o inquérito policial seja iniciado impreterivelmente após autorização judiciária fundamentada, mas se assim ocorrer, os atos investigativos, sob pena de serem considerados ilícitos, devem ser limitados⁵⁹.

Dessa forma, em situação de necessidade e de urgência, o agente infiltrado poderá praticar atos cautelares⁶⁰ mesmo antes do recebimento da autorização judiciária competente⁶¹.

As medidas cautelares e de polícia são reguladas pelo Processo Penal para “acautelar a obtenção de meios de prova, que sem elas poderiam perder-se, mediante uma tomada imediata de providências pelos órgãos de polícia criminal, mesmo sem prévia autorização da autoridade judiciária competente, e isto pelo caráter urgente das diligências a praticar ou pela natureza perecível dos meios de prova a recolher”⁶².

“A consagração dessas medidas cautelares e de polícia só se justifica à luz de uma ideia de concordância prática reguladora das finalidades em conflito nos concretos problemas do processo penal. Sendo particularmente chocante qualquer solução que absolutizasse ou a finalidade de realização da justiça e descoberta da verdade material, ou a proteção dos direitos fundamentais das pessoas, a solução material, a solução encontrada representa, sem dúvida, na situação concreta, a salvaguarda do máximo de conteúdo de cada uma das finalidades”⁶³.

⁵⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º. 01P3344, Relator LEAL HENRIQUES, “As ações encobertas dependem de prévia autorização de um magistrado (M. Público ou juiz de Instrução) e obedecem a rigorosos requisitos, consoante o disposto no artigo 3º da Lei n. 101/01 de 25 de Agosto”.

⁵⁹ Diritto processuale penale / D. Siracusano... [et al.]. - Nuova ed., Giuffrè, 2004. - 2 vol, p. 88 e 89.

⁶⁰ Código de Processo Penal, CAPÍTULO II, das medidas cautelares e de polícia, vide artigo 248 e 250 ao 253.

⁶¹ ONETO, Isabel, obra citada, p. 173, “(..) o artigo 249.º, n.º 1, do CPP estipula que “compete aos órgãos de polícia criminal, mesmo antes de receberem a investigação, praticar os actos cautelares necessários e urgente para assegurar os meios de prova”. Assinale-se, neste parte final, a obrigatoriedade de observância dos princípios da necessidade e da urgência”.

⁶² GONÇALVES, Maia, Código de Processo Penal anotado, Coimbra, 2002, p. 522.

⁶³ RODRIGUES, Anabela, in Jornadas de Direito Processual, p. 71, citada por Maia Gonçalves, Código de Processo Penal anotado, Coimbra, 2002, p. 522.

Apesar da existência de certa previsibilidade das ações possivelmente a serem cometidas, Renato Brasileiro de Lima explica que, se “fosse o agente infiltrado obrigado a buscar autorização judicial para cada situação vivenciada durante a execução da operação, haveria evidente prejuízo à eficácia desse procedimento investigatório, além de colocar em risco a própria segurança do policial. Daí a importância de o magistrado, ao conceder a autorização judicial para a infiltração, pronunciar-se, desde já, quanto à execução de outros procedimentos investigatórios. Ademais, também deve constar determinação expressa no sentido de que haja uma equipe de policiais que prestem apoio constante ao agente infiltrado, viabilizando eventual proteção caso sua verdadeira identidade seja revelada”⁶⁴.

Em regra geral, primariamente a investigação não será iniciada por meio da infiltração de agentes, mas após comprovação da indispensabilidade e devida autorização legal. Esse é um recurso que sem o seu uso cauteloso poderá servir para satisfação infundada de polícias autoritárias, desencadeando assim, elevados e desnecessários gastos públicos e a violação aos direitos fundamentais do investigado.

O deferimento do pedido para que a operação se desenvolva por meio da infiltração de agentes depende do parecer do órgão de inteligência, isto é, “o produto da pesquisa sistemática, avaliação e síntese de dados brutos sobre indivíduos ou atividades (...). As informações são compiladas, analisadas e/ou difundidas num esforço para antecipar, prevenir ou monitorar a atividade criminosa”⁶⁵, dada a certa previsibilidade à luz da ética penal a decisão deverá relacionar “as condutas que o agente estará autorizado a praticar, bem como aquelas que lhe são vedadas, no exercício das atividades de infiltração”⁶⁶.

A decisão judiciária deverá ser fundamentada e condicionada há sólidos elementos indiciários de crimes (“*fumus comissi delicti*”), conforme previsão do artigo 10º, § 2º, da Lei n.º 12.850/13, “será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º, e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis”. No artigo 10.º a lei

⁶⁴ LIMA, Renato Brasileiro de, Legislação criminal especial, 2016, p. 570.

⁶⁵ International Association of Law Enforcement Intelligence Analysts, 2011, p. 30.

⁶⁶ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius; Crime Organizado, 2016, p. 285, “em termos mais simples, tudo recomenda que a autorização judicial relacione as condutas que o agente estará autorizado a praticar, bem como aquelas que lhe serão vedadas, no exercício das atividades de infiltração”.

estabelece que o pedido de infiltração de agentes, poderá ser representado pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público.

Antes de decidir, o juiz ouvirá o delegado de polícia e Ministério Público. A Lei n.º 13.441 de maio de 2017, não fez previsão dessa simbiose entre delegado de polícia e Ministério Público, contudo, esse meio excepcional depende da disponibilidade e voluntariedade do agente qualificado e também de estrutura física para instauração e prosseguimento da operação.

Mesmo com silêncio da Lei 13.441, se o MP requerer a infiltração de agentes o delegado de polícia deverá ser previamente ouvido, pois, é a polícia que explicará ao magistrado a viabilidade e possibilidade do uso desse meio especial na investigação.

A polícia possui autonomia técnica e tática, todavia, não independência. Por exemplo, não poderá injustificadamente se recusar a cumprir determinada diligência. “Apesar de a Polícia atuar sob a dependência funcional do Ministério Público, expressa no dever de o Ministério Público acompanhar as atividades policiais, de poder requisitar diligências investigativas (...), apensar de todas as relações de dependências, a Polícia possui autonomia técnica para cumprir as requisições do Ministério Público, de forma a assegurar o cumprimento eficaz dessas requisições”⁶⁷.

De acordo com a lei portuguesa n.º 101/2001, art. 3º, n.º 3, “a realização de uma ação encoberta no âmbito do inquérito depende de prévia autorização do competente magistrado do Ministério Público, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de instrução e considerando-se a mesma validada se não for proferido despacho de recusa nas setenta e duas horas seguintes”. Se a referida ação “decorrer no âmbito da prevenção criminal, é competente para autorização o juiz de instrução criminal, mediante proposta do Ministério Público” (art. 3º, n. 4).

Quanto à anuência do agente, ela é fundamental para a investigação criminal. A Lei 101/2001, no artigo 3º, n.º 2, estabelece que “ninguém pode ser obrigado a participar em ação encoberta”. De, de igual modo o artigo 14, inciso I, da Lei 12.850 de 2013, assegura como direito do agente a possibilidade de “recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada”.

⁶⁷ ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *Investigação Criminal, O controle Externo de Direção Mediata pelo Ministério Público*, Juruá, p. 328.

2. Justificação do fato típico nas ações encobertas

2.1 A relação entre a tipicidade e a ilicitude da conduta do agente

Quando estudamos as consequências da conduta ilícita do agente infiltrado automaticamente remetemos a nossa análise para a Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, artigo 6º e para a Lei n.º 12.850 de 2013, artigo 13º. Entretanto, afastar-se-ia a punibilidade penal sem verificar a culpa do agente? Poderia haver a exclusão da ilicitude do ato sem averiguar sua tipicidade? Para que possamos entender e aplicar corretamente o texto legal, precisamos antes, buscar a solução jurídica para os crimes praticados pelo agente infiltrado seguindo a definição analítica de crime adotada pelo professor Germano Marques da Silva⁶⁸: tipicidade, ilicitude e culpabilidade⁶⁹.

“A tipicidade é uma decorrência natural do princípio da reserva legal: *nullum crimen nulla poena signe praevia lege*. Tipicidade é a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal. ‘Tipicidade é a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora’. Um fato para ser adjetivado de típico precisa adequar-se a um modelo descrito na lei penal, isto é, a conduta praticada pelo agente deve subsumir-se na moldura descrita na lei”⁷⁰. Logo, na “falta de um elemento subjetivo do tipo legal de crime afasta a sua tipicidade”⁷¹.

“Nessa visão das coisas, a tipicidade teria um papel de identificação de uma forma comportamental real e apelaria para uma correspondência entre a valoração normativa e uma espécie concreta de ação. Antes do juízo de valoração do comportamento do agente, caberia ao tribunal constatar se a estrutura real corresponde ao comportamento descrito se verificara, isto é, se ocorrera a base de facticidade caraterizadora de uma manifestação de vida em concreto a que o legislador atribuiu o valor de crime. Nesse sentido, a tipicidade não seria nem a atribuição de

⁶⁸ SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português, Parte Geral, Volume II, Teoria do Crime*, 1998, p. 10

⁶⁹ Sobre exclusão da culpa vide DIAS, Augusto Silva, *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro*, Coimbra Editora, 2008, p. 174 e ss, e, PALMA, Maria Fernanda, *O princípio da Desculpa em Direito Penal*, 2005, especialmente p. 150 e ss.

⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; *Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1*, 2009, p. 275.

⁷¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo: 250/06.6PCLRS.L1-3, Relator: RUI GONÇALVES, 13/04/2011.

desvalor nem em si mesma o fundamento do desvalor, mas apenas a descrição da facticidade, da fração da realidade da vida, em que se apoiaria o desvalor para o Direito, a que o Direito apenas se referiria e que o Direito não inventariam a pura matéria de proibição⁷².

Porém, “o agente que comete um fato previsto numa norma incriminadora não pratica fato ilícito sempre que o fato típico é praticado em circunstância prevista numa norma permissiva, isto é, numa norma que prevê uma causa de justificação. (...) O fato típico não é ainda, ou não é necessariamente, um fato ilícito; a tipicidade é apenas um elemento necessário, *sine qua non*, da ilicitude penal. Sem que o fato seja previsto por uma norma incriminadora não pode ser qualificado como ilícito penal, mas sendo previsto numa norma incriminadora pode, porém, não ser ilícito se ocorrer uma causa de justificação. A tipicidade é, pois, um indício, um indício necessário da ilicitude do fato, mas não é suficiente para a sua qualificação como ilícito, pois pode ocorrer uma causa de justificação que afasta, que exclui, a qualificação que a tipicidade indicava”⁷³.

Na relação entre a tipicidade e a ilicitude entendemos que “o fato típico não desperta juízo de valor no campo da ilicitude. Quando excluída a antijuridicidade, o fato permanece típico. Quando João mata Antônio, temos um fato típico, devendo ser analisada a ilicitude da conduta. Comprovada a legítima defesa, exclui-se a antijuridicidade do fato, permanecendo típico”⁷⁴.

Imaginemos a hipótese em que o agente infiltrado galgando o ingresso junto a organização criminosa, percebe que alguns de seus membros possuem um fascínio pela aventura e pelos desafios. Ciente disso, sugere que B demonstre sua “eficiência” assassinando o garçom conhecido no estabelecimento Z como Y. Todavia, no local indicado, nenhum funcionário oficial ou extraoficialmente possui ou atende por tal nome.

A conduta típica do crime de homicídio “consiste em tirar a vida de alguém (universo entre seres humanos)”⁷⁵. No entanto, se a pessoa Y não existe, trata-se portanto, de crime impossível. Para que haja a consumação do homicídio (resultado morte) é necessário que antes

⁷² PALMA, Maria Fernanda, Direito Penal Parte Geral, A teoria geral da infração como teoria da decisão penal, 3ª edição, 2017, p. 86

⁷³ SILVA, Germano Marques da, Direito Penal Português, Parte Geral, Volume II, Teoria do Crime, 1998, p. 69 e 72.

⁷⁴ Cunha, Rogério Sanches, Manual de Direito Penal Parte Geral, 2018, p. 292.

⁷⁵ CUNHA, Rogério Sanches, Manual de Direito Penal Parte Especial, 2018, p. 121.

tenha vida. Inexistindo a vida, a conduta será considerada atípica pelo ordenamento jurídico vigente.

Não desconsiderando as implicações diversas, como consumo de droga, direção sem carta de condução e outros crimes se houver. Mas referindo especificamente ao homicídio, se afastada a tipicidade do fato, como poderíamos delinear a punição de alguém por um ato não previsto em Lei (assassinado de pessoa inexistente)?

Juridicamente como poderíamos ligar o incentivo do agente em provocar A fazer com que C ingira o doce K, para que C sofra um ataque cardíaco por causa do seu estado gravoso de diabete, com a punição penal se C não possui nenhuma doença?

Se não verificada a tipicidade da conduta não haverá punição.

Mas, se o fato for considerado típico, em segunda análise, para que a atuação do agente infiltrado seja ou não revestida das causas de excludentes da ilicitude, precisamos observar a motivação⁷⁶ e a sua conduta. Uma simples aferição sem o minucioso cuidado desencadearia uma série de punições ou absolvições incompatíveis com o ordenamento jurídico, já que a licitude da conduta, isenta o agente e os demais que participaram direta ou indiretamente do fato de responsabilidade penal e civil, e também subsidiariamente, o Estado⁷⁷.

A ilicitude do fato portanto, “significa a sua contrariedade a uma norma do Direito Penal, no pressuposto de que não se verifique simultaneamente uma autorização por qualquer outra norma do Direito Penal ou pertencente à restante ordem jurídica. Assim, a ilicitude é uma demonstração coerente, em face de todo o Direito, de que o fato é desvalioso. É isso mesmo que o artigo 31º do Código Penal postula ao referir que ‘o fato não será punível quando a sua ilicitude for excluída pela Ordem Jurídica considerada na sua totalidade’. Se um fato, como matar uma pessoa, apesar de ser contrário à norma que proíbe o homicídio, for justificado por legítima defesa, nos termos do artigo 32º do Código Penal, deixa-se poder retirar a antinormatividade, *prima facie*, a conclusão de que o fato é ilícito, porque existe uma outra norma que expressamente o autoriza”⁷⁸.

⁷⁶ HOLLIN, Clive R., *Psychology and Crime*, 2ª edição, 2013, p. 276.

⁷⁷ RIFÁ SOLER, José M., *El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim*, Revista del poder judicial, Madrid, 3 Época n. 55, 1999, p. 173.

⁷⁸ PALMA, Maria Fernanda, *Direito Penal Parte Geral, A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*, 3ª edição, 2017, p. 221.

2.2 Legítima defesa

Pressupõe a exclusão da tipicidade quando não houver ofensa ao bem jurídico. Mas “na exclusão da ilicitude parte-se do dado já comprovado de que há uma ofensa ao bem jurídico e o que se discute é se essa ofensa foi ou não provocada para salvaguardar de um bem jurídico superior e, por isso, se pode ou não ser permitida pela ordem jurídica no seu conjunto. No primeiro caso, estaremos perante uma permissão fraca ou ausência geral de proibição penal; no segundo, perante uma permissão forte ou autorização concreta para agir. Neste, o motivo da ação vale, ética e juridicamente, como uma razão para agir”⁷⁹.

Posto isso, “a ilicitude exprime a contrariedade do fato praticado à ordem jurídica na sua totalidade. Essa qualidade é afastada quando, numa situação de conflitos de interesses, o fato salvaguarda o interesse ou interesses prevalecentes à luz de valorações que convocam a globalidade da ordem jurídica. Quando o desfecho da ponderação aponta nesse sentido, o fato torna-se juridicamente permitido no caso concreto. A permissão jurídica emana, pois, de valorações da ordem jurídica sobre o reto e o torto”⁸⁰.

Imaginemos a situação em que o agente infiltrado cometa um homicídio e somos chamados a analisar juridicamente sua conduta. Não podemos enquadrá-la como atípica nem como em cumprimento do dever. Poderia os atos do agente gozarem da exclusão da ilicitude por legítima defesa?

Se a resposta for positiva precisamos lembrar que estaremos diante de uma permissão de conduta, logo, os atos do agente, assim como, de seus participantes não serão julgados como ilícitos, portanto, não serão punidos. Se a resposta for negativa como ignorar as disposições punitivas do Código Penal?

Um dos grandes desafios a serem estudados é a linha tênue entre aquilo que seria ou não legítima atuação do agente. A Lei n.º 101/2001 e a Lei n.º 12.850/2013 preveem a não punição, por exemplo, dos atos precípuos a função do agente.

⁷⁹ DIAS, Augusto Silva, Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro, Coimbra Editora, 2008, p. 154-155.

⁸⁰ DIAS, Augusto Silva, Direito das Contra-Ordenações, Almedina, 2019, p. 117.

Quando falamos entretanto, de legítima defesa, não podemos deixar de considerar que a exclusão da ilicitude pressupõe a limitação do exercício desse direito. Logo, o segundo problema é a verificação do excesso que, “traduz-se sempre em um fato punível não justificado, e que por isso permanece crime, e cuja pena é atenuada, segundo as regras da atenuação geral, em razão da verificação dos pressupostos da causa de justificação, ou segundo as regras de atenuação especial”⁸¹.

O agente infiltrado não possui um salvo conduto emitido pelo Estado pra praticar crimes, nem para fomentar à prática de delitos ou para agir de acordo com seu querer injustificado. A investigação criminal não é, e jamais pode ser um pretexto para praticar de crimes sem punição.

A desarticulação da organização criminosa deve ocorrer por meio da subordinação a lei⁸². A aplicação real da normal evita que o cidadão desacredite do direito penal e da atuação policial⁸³. Pois, a policia “tem por missão assegurar a legalidade democrática, garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos, nos termos da Constituição e da lei”⁸⁴.

No Estado de Direito matar pessoas jamais enquadrará no rol nos objetivos de uma investigação. Ainda que, podendo esse resultado vir a ocorrer como um efeito colateral não pretendido. Alguns bens jurídicos são expressamente listados com valor superior a outros. Essa discussão remete-nos para a “ideia de valores”⁸⁵ que norteia a necessidade/proporcionalidade de proteção ao bem tutelado. Dessa forma, o covarde disparo de uma pistola em face do investigado para mera satisfação criminosa ou para o impedir de furtar um objeto comercializado por 1€ (um euro), não se amolda a situação descrita.

Se o agente infiltrado for flagrado por algum membro da organização criminosa investigada no momento em que ele esteja implantando escutas ambientais ou câmeras escondidas no “território criminoso”, e, em resposta à agressão atual e iminente, ou seja, a fim de não ser alvejado pelo tiro a ser disparado por quem fez o flagrante, o agente de forma mais ágil e

⁸¹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, Lições de Direito Penal, Parte geral, 3º edição, Verbo, p. 133.

⁸² LUSTGARTEN, Laurence, Democracy, law and security, National Security and Political Policing: Some Thoughts on Values, Ends and Law, 2003, p 323.

⁸³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, citado por Célio Jacinto Santos, Ciências Policiais e Política Criminal, 2015, p. 132.

⁸⁴ <http://www.psp.pt/Pages/defaultPSP.aspx>, acesso em 18/01/2019, 10hs.

⁸⁵ AVILÉS, María Del Carmen Barranco, La teoría jurídica de los derechos fundamentales, Dykinson, 2000, 181.

em legítima defesa dispara um tiro e consequentemente atinge o investigado, que em ato contínuo vá a óbito. Estaremos diante de uma exclusão de ilicitude?

A defesa para ser considerada legítima precisa ser proporcional/moderada à agressão atual e injusta⁸⁶, não contra pessoas indeterminadas ou aleatórias mas em face ao autor da agressão. À vista disso, a resposta será positiva.

Valendo-nos do exemplo citado, se um outro criminoso talvez estivesse prestes a sacar uma arma para alvejar o agente. Não seria juridicamente aceito que o infiltrado presumisse que em caso de flagrante também por outros indivíduos criminosos, todos estes anelam sua morte. Se na ação pretendendo salvar a sua vida o agente sacrifica bem jurídico diverso (vida) sem destinatário determinado, não age em legítima defesa. Talvez em estado de necessidade, a depender da análise da situação fática.

O perigo tem que ser provocado injustamente por terceiro e necessariamente atual⁸⁷. Para que a ilicitude da conduta seja extirpada por legítima defesa, não basta que haja a apenas agressão injusta. A remota probabilidade de um futuro perigo não enquadra nos requisitos da moldura penal. A legítima defesa não pode ser causa de não punição de crime posterior ao espaço temporal médio de defesa da agressão.

Rogério Sanches entende “como necessário o meio menos lesivo à disposição do agredido no momento da agressão, porém capaz de repelir o ataque com eficiência. Encontrado o meio necessário, deve ser ele utilizado de forma moderada, sem excessos, o suficiente para impelir a continuidade da ofensa”⁸⁸. Esse entendimento não desconsidera as condições do caso concreto.

Nélson Hungria, explica que “não se trata de pesagem em balança de farmácia, mas de uma aferição ajustada às condições de fato do caso vertente; não se pode exigir uma perfeita equação entre o quantum da reação e a intensidade da agressão”⁸⁹.

Lembrando que a alegação de que a ação seria punível em razão de que o agente poderia ter evitado o flagrante é superada pela doutrina⁹⁰.

⁸⁶ ALBERTO CADOPPI e PAOLO VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, parte generale*, Cedam, 2002, p. 223.

⁸⁷ ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale*, Giuffrè Editore, Parte Generale, 2000, p. 298-299.

⁸⁸ CUNHA, Rogério Sanches, *Manual de Direito Penal Parte Geral* 2018, p. 306.

⁸⁹ HUNGRIA, Nélson, citado por Rogério Sanches Cunha em: *Manual de Direito Penal Parte Geral* 2018, p. 306.

⁹⁰ Cunha, Rogério Sanches, *Manual de Direito Penal Parte Geral*, 2012, p. 69.

A limitação legal da defesa é composta por três elementos basilares: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁹¹.

A legítima de defesa exclui a ilicitude e a culpa. Poderia então, o agente agir preventivamente quando não existe agressão e não há elementos para concluir-se que ela ocorreria naquele momento?

Se o agente A supõe que o individuo B poderá assassinar as pessoas que estiverem no local X. Mas até esse momento estamos diante apenas de uma possível pretensão, logo, sem o desenvolvimento de nenhum ato ilícito. O nascimento da ação poderá ser possível, porém é incerto. Mesmo diante dessa incerteza, se o agente dispara em face de B. Sua conduta estaria no rol daquelas penalmente justificadas?

Segundo Paulo Pinto de Albuquerque⁹², não é admissível legítima defesa preventiva. Eventualmente poderia preencher os requisitos do estado de necessidade.

O Supremo Tribunal de Justiça entende que a defesa putativa é uma falsa representação dos pressupostos essenciais da legítima defesa, aplica-se assim os fundamentos gerais sobre o erro⁹³.

2.3 Duplo efeito e a legítima defesa

As questões penais que versam sobre a infiltração de agentes são de elevada complexidade. Conjugiar a análise desse meio especial de produção de provas com um fundamento teológico, duplo efeito, não é uma tarefa simples⁹⁴. A depender do modo de vida

⁹¹ GOUVEIA, Jorge Bacelar, Almedina, 2005, p. 827.

⁹² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário ao Código Penal, Universidade Católica, 2008, p. 146.

⁹³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo: 99P956, Relator: HUGO LOPES, 09/12/1999, “II - A legítima defesa putativa não é, em bom rigor, uma situação de legítima defesa mas, sim, de erro sobre as circunstâncias do facto ou, mais precisamente, sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude”.

⁹⁴ KEVIN J. VANHOOZER, OWEN STRACHAN, Pastor como teólogo público: recuperando uma visão perdida, Vida Nova, 2016, p. 15: “Ser um teólogo no mundo acadêmico implica correr o risco de tornar-se uma mente sem corpo. O teólogo que não é pastor se assemelha a uma alma que, depois da morte, foi separada do corpo, isto é, da igreja. Lamentamos esse ‘estado intermediário’ anormal, mas, crentes na ressurreição, aguardamos com expectativa o tempo em que alma e corpo serão reunidos. Mentes teológicas pertencem a corpos eclesiais”.

adotado pelo leitor, essa abordagem poderá ser catalogada como não tema ou uma relevante discussão.

Pelo exposto nos tópicos anteriores, estaremos impedidos de concluir se um fato é ilícito antes de verificarmos a sua tipicidade. Também não será possível analisarmos se um fato é punível antes de sabermos se ele é ilícito. No terceiro passo, não poderemos discutir sobre as penas a serem aplicadas ao agente se não verificamos a existência de culpa.

Ao analisar exegeticamente um fato precisamos responder se há alguma causa de afastamento da tipicidade. Em segundo passo, exclusão da ilicitude e em terceiro da culpa. Mas se observada tipicidade, ilicitude e a culpabilidade na conduta, poderíamos excluir a punibilidade?

A depender do preenchimento dos requisitos elencados na moldura penal sim. O objetivo da infiltração não é praticar crimes, mas em investigar e colher provas. Os atos ilícitos indispensáveis a operação de infiltração, por exemplo, o uso de identidade falsa, serão excepcionalmente não punidos. Sendo estes um segundo efeito não pretendido, entretanto, inevitáveis.

Mas, o que faz com que os interpretes do Direito ou as pessoas que não possuem formação na área jurídica concordarem com a redação do texto legal de exclusão da ilicitude e, de igual modo, com as hipóteses de impunibilidade penal?

Não basta apenas expor as norma em si, precisamos elucidá-la contextualmente. A teoria do duplo efeito nos auxiliará na compreensão da opção do legislador de não punir o agente infiltrado pela prática de alguns atos ilícitos e as razões para o afastamento a ilicitude da conduta.

Santo Tomás de Aquino, de uma maneira sapiente e cautelosa, utilizou a expressão duplo efeito na Suma Teológica, onde explica a hipótese do agente agir em legítima defesa, isto é, por meio de uma reação proporcional e em resposta a uma agressão provocada por um injusto agressor.

Nesta situação o ato inevitavelmente produz dois efeitos diversos, entretanto, apenas um foi pretendido essencialmente⁹⁵. Apesar de algumas divergências teológicas em questões diversas, o catecismo da Igreja Católica⁹⁶ e Confissão de Fé de Westminster, seguem o

⁹⁵ KENNY, Anthony, *An Illustrated Brief History of WESTERN PHILOSOPHY*, p. 161.

⁹⁶ Catecismo da Igreja Católica, 2263, “A defesa legítima das pessoas e das sociedades não é uma exceção à proibição de matar o inocente que constitui o homicídio voluntário. «Do ato de defesa pode seguir-se um duplo efeito:

mesmo entendimento nesta questão. Sendo permissiva à ação em legítima defesa, ainda que o resultado desta, inevitavelmente provoque a morte do autor da agressão.

De acordo com Santo Tomás, “do ato de defesa pode seguir-se um duplo efeito: um, a conservação da própria vida; outro, a morte do agressor”.

A teoria do duplo efeito não reveste de justificação o desejo criminoso que o agente eventualmente possui de “ceifar” injustamente a vida de terceiro, contudo, a impreterível ação provoca o segundo efeito indesejado, portanto, “nada impede que um ato possa ter dois efeitos, dos quais só um esteja na intenção, estando o outro para além da intenção”⁹⁷.

A doutrina do duplo efeito exige quatro pilares para sua aplicação⁹⁸: Primeiro: o ato em si deve ser moralmente bom, um ato necessário e inevitável para salvar a vida de si mesmo ou de terceiro, é um ato bom. Segundo: o efeito ruim não pode ser o objeto e nem evitado por meio diverso. A hermenêutica jurídica do Estado de Direito não permitiria o uso da justificação por legítima defesa, se a reação não se deu por meios necessários e em uma egoísta satisfação do “*animus*” criminoso. Terceiro: o efeito da ação deve ser imediato, por exemplo, a cessação de uma agressão real e iminente. Quarto: o bem defendido deve ser de igual ou superior valor daquele sacrificado, logo, a proporcionalidade e a necessidade são dois fundamentos da legítima defesa. Seria incompreensível e desproporcional o sacrifício de uma vida humana, para evitar o furto de cinco euros.

A ilimitação da impunibilidade a transformaria essa teoria em uma capa hipócrita de justificação⁹⁹. Se o agente então figurado como membro da organização criminosa reage para defender uma mulher de um criminoso que tentava violenta-la, seu objetivo central é a proteção da inocente. A justa defesa da mulher foi o bem protegido, contudo, as inevitáveis lesões ou a morte do agressor serão o resultado do segundo efeito não pretendido.

O cenário de agressão foi construído por responsabilidade exclusiva e intransferível ao agressor, assim, o enfrentamento proporcional e imediato é considerado necessário, justificável e lícito.

um, a conservação da própria vida; outro, a morte do agressor». «Nada impede que um ato possa ter dois efeitos, dos quais só um esteja na intenção, estando o outro para além da intenção»”.

⁹⁷ AQUINO, Santo Tomás de, *Summa theologiae*, 2-2, q. 64. a. 7.

⁹⁸ <https://plato.stanford.edu/entries/double-effect/>, acesso em 30/08/2017, às 17h35min.

⁹⁹ KENNY, Anthony, *An Illustrated Brief History of WESTERN PHILOSOPHY*, p. 238.

A exegese da lei penal deverá ser feita de modo autônomo do Direito Canônico¹⁰⁰, mas em razão da força de alguns costumes, nem sempre conseguiremos fazê-la de forma independente. Por exemplo, citando caso análogo, a Constituição da República Federativa do Brasil¹⁰¹, consta em seu preâmbulo sua promulgação sob a proteção de Deus¹⁰², contudo, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁰³, a invocação a essa proteção não possui força normativa.

Em alguns casos observamos que a redação legal e os costumes não foram influenciados pelo pensamento teológico¹⁰⁴, em outros sim¹⁰⁵, por exemplo, na Europa, assim

¹⁰⁰ LARA, Dom Leis, *Compêndio de direito canônico: ao alcance de todos*, Sapientiae, 2015, p. 15: “Cânon ou Cãnone, neste contexto, significa regra, decreto, norma, da Igreja Católica. Direito canônico é o conjunto de leis ou normas ou decretos da Igreja. Código de Direito Canônico é a coleção de leis, ou a compilação sistemática de disposições legais da Igreja Católica”.

¹⁰¹ Constitucionalmente o Brasil tornou-se como um país leigo, laico ou não confessional por meio do Decreto n. 119-A, de 07.01.1890, de 7 de janeiro de 1890.

¹⁰² Constituição da República Federativa do Brasil, preâmbulo: “nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

¹⁰³ Supremo Tribunal Federal (STF), ADI 2076 / AC – ACRE, AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Julgamento 15/08/2002.

¹⁰⁴ Supremo Tribunal Federal (STF), ADI 5257 / RO – RONDÔNIA, AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Julgamento 20/09/2018

¹⁰⁵ FRANCO, António de Sousa, *Sinais dos Tempos na Realidade Portuguesa – na construção da democracia*, Congresso dos Leigos, 1988, p. 63. E, Constituição da República Portuguesa, artigo 59.º, Direitos dos trabalhadores, “1. Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito: (...)”. Na legislação brasileira podemos citar a Lei n.º 13.796, de 3 de janeiro de 2019, que alterou a Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional): “art. 1º A Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 7º-A: ‘Art. 7º-A Ao aluno regularmente matriculado em instituição de ensino pública ou privada, de qualquer nível, é assegurado, no exercício da liberdade de consciência e de crença, o direito de, mediante prévio e motivado requerimento, ausentar-se de prova ou de aula marcada para dia em que, segundo os preceitos de sua religião, seja vedado o exercício de tais atividades, devendo-se-lhe atribuir, a critério da instituição e sem custos

como, em diversas regiões do mundo a Cruz representa “um ícone eloquente e um símbolo de convocação da inclusão universal, abertura e compreensão humanas”¹⁰⁶.

Imaginemos a situação em que o agente infiltrado portando uma arma de fogo presencia um membro da organização criminosa sorrateiramente invadindo a residência de uma mulher e aponta o revólver para disparar contra sua filha. Deveria o agente aguardar a consumação do homicídio para agir posteriormente? Certamente não. Tendo como único modo de impedir a consumação do homicídio o agente dispara propositalmente em face do investigado, todavia, objetivando a proteção da mulher e da filha.

2.4 Duplo efeito e o dever de proteger

Wiersbe e Tomás de Aquino consideram que a vida humana é uma dádiva de Deus, pelo fato de sermos feitos a imagem de Deus. Sendo os seres humanos constituídos pela imagem de Deus, o homicídio é um ataque contra Deus, portanto, todos os membros da sociedade teriam o dever moral de proteger a vida, porém, a responsabilidade de zelar pela proteção da vida de terceiro, não extirpa do povo a permissão legítima de se defender¹⁰⁷.

De acordo com Berkhof, “a essência do homem consiste em ser a imagem de Deus”. O autor destaca que a doutrina da imagem de Deus no homem¹⁰⁸ é de grande importância para a teologia, pois, é essa essência que distingue o homem das demais criaturas e, correlaciona sua relação com Deus¹⁰⁹. Segundo Erickson¹¹⁰, todos os seres humanos são constituídos a imagem

para o aluno, uma das seguintes prestações alternativas, nos termos do inciso VIII do caput do art. 5º da Constituição Federal”.

¹⁰⁶ FRADA, Manuel A. Carneiro da, Atlas do I Colóqui Luso-Italiano sobre a Liberdade Religiosa, Sociedade, Direito, Deus, Almedina, 2014, p.84. Vide também: Manuel Carneiro da Frada, Relativismo, Valores, Direito, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 68, II/III, Lisboa, Setembro/Dezembro, 2008, p. 651.

¹⁰⁷ WIERSBE, Warren W., Comentário Bíblico Expositivo do Antigo Testamento, volume I, 2010, p. 291.

¹⁰⁸ A constituição dos anjos é abordada por Calvino: CALVINO, João, As Institutas, volume I, p. 190: “Se, para nos defendermos, usarmos duma violência maior do que a necessária, isso será ilícito. Mas se repelirmos a violência com moderação, isso será lícito [...]. E não é necessário à salvação que se deixe de praticar tal acto de defesa moderada para evitar a morte do outro: porque se está mais obrigado a velar pela própria vida do que pela alheia”. Entretanto, Berkhof, destaca que eles jamais foram apresentados pelo Criador como ser humano, mas são espíritos ministradores enviados para servir.

¹⁰⁹ BERKHOF, Louis, Teologia Sistemática, 2014, p. 190.

de Deus. Imagem esta composta com faculdades e personalidades, que não se perdeu com a Queda¹¹¹, logo, todos os seres humanos a tem.

No ordenamento jurídico o Estado de Direito considera a vida como um dos bens basilares do Direito Constitucional e Penal. Assim, o direito e o dever de defender a imagem de Deus são traduzidos no zelo pela própria essência humana. Zelar pela vida humana é apresentado como uma obrigação moral. O dever de proteção à vida se estende a proteção própria e também de terceiro. Mas, quando colocado em uma situação que a proteção simultânea à vida própria e de outrem não seja possível, temos o dever maior de velar pela própria vida, ou seja, pela imagem de Deus em si mesmo, do que pela alheia¹¹². O que torna legítimo a ação mortal constrangida em face ao agressor, para defender a própria vida¹¹³.

O agente infiltrado como autor de fatos puníveis suscita diversas implicações jurídicas e éticas, mas, é compreensível que o agente opte por zelar mais pela própria vida do que a de outrem. A teoria do duplo efeito apresenta conceito e fundamentos importantes para questões morais difíceis, onde o ato “obliquo”, isto é, o impreterível dever do Estado de proteger a vida gera o resultado esperado, contudo, não desejando, a morte do criminoso.

O eixo hermenêutico da teoria do duplo efeito pode ser aplicado em casos especiais quanto à justificação e a não punibilidade. A banalização desse instituto é evitada pela

¹¹⁰ ERICKSON, Millard J., Teologia Sistemática, 2015, p. 485-503.

¹¹¹ MERRIL, Eugene H., Teologia do Antigo Testamento, 2009, p. 54, “em Gênesis 2.4-25, o poder de Deus, como parte dominante da natureza dele, está combinado com seu intenso envolvimento em sua criação, em especial, na ordem que deu para a humanidade: «Sejam férteis e multipliquem-se! Encham e subjuguem a terra!» (Gn. 1.28). (...) Um animal (que em uma revelação posterior se constata ser Satanás; Ap. 20.2) questiona o papel limitado do homem e da mulher, sugerindo que Deus zelava por ter uma soberania incontestada, guardando-a egoisticamente da humanidade. Assim, o primeiro casal questiona o senhorio de Deus com um ato de rebelião contra ele, comendo do fruto proibido. O resultado disso foi a queda, a subjugação da serpente e o banimento do homem do jardim, lugar no qual mostrou ser incapaz de governar como vice-regente de Deus”.

¹¹² AQUINO, Santo Tomás de, Summa theologiae, 2-2, q. 64. a. 7: “Se, para nos defendermos, usarmos duma violência maior do que a necessária, isso será ilícito. Mas se repelirmos a violência com moderação, isso será lícito [...]. E não é necessário à salvação que se deixe de praticar tal acto de defesa moderada para evitar a morte do outro: porque se está mais obrigado a velar pela própria vida do que pela alheia”.

¹¹³ Catecismo da Igreja Católica, 2264, “o amor para consigo mesmo permanece um princípio fundamental de moralidade. E, portanto, legítimo fazer respeitar o seu próprio direito à vida. Quem defende a sua vida não é réu de homicídio, mesmo que se veja constrangido a desferir sobre o agressor um golpe mortal”.

análise criteriosa dos requisitos essenciais, dentre eles, a inevitabilidade do direito de defesa ilimitado¹¹⁴. O problema de ilimitação do direito de defesa não poderia ser aplicado nos termos Direito Penal, pois, apenas a insuportabilidade impreterível justifica a escolha de proteção ao bem jurídico, ou seja, da própria vida do que de terceiro.

Coexiste um lado o direito do agente de assegurar a própria vida e de outro o dever de proteger a vida de terceiro. No exemplo em que o agente teve a sua identidade revelada junto a organização criminosa, e, um dos líderes tenta mata-lo. O não dever de matar e o direito de legítima defesa, são legítimos e que merecem a proteção do Estado, todavia, há situações em que será impossível o zelo jurídico por ambos.

Se nos limitássemos apenas no campo abstrato de ideias, a vida do terceiro não poderia ser considerada de maior valor do que a do agente, portanto, dificilmente poderia ser menos protegida .

A proteção à vida humana alicerça os princípios basilares do direito e a sistemática penal e civil¹¹⁵. Ao equiparar o grau valorativo sem análise do caso concreto, não haveria razão para o privilégio de um bem jurídico em detrimento de outro com igual valor. Poderíamos concordar que a execução de terceiro, seria um ultraje moral, contudo, as implicações inerentes aos fatos, nos mostram que o entendimento jurídico e teológico , assertivamente preserva a vida do agente.

O fundamento ético de proibição de matar costumeiramente está entrelaçado com a norma exposta no sexto mandamento, não matarás. Os pensadores do Direito Canônico e de igual modo os do Direito Penal, concordam que a proteção da vida humana deve colocada em alta prioridade. Mas, há exceções para o não cumprimento do sexto mandamento.

A sacralidade da vida é um debate ético delicado. Não podemos revestir nosso entendimento de silogismos não aplicáveis à realidade. A conclusão de que a vida humana é

¹¹⁴ PALMA, Maria Fernanda, A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos, 1990, volume I, p. 13.

¹¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil I, 2009, p. 162, “a vida humana é um bem supremo. Preexistente ao direito e deve ser respeitada por todos. É um bem jurídico fundamental, uma vez que se constitui na origem e suporte dos demais direitos. Sua extinção põe fim à condição de ser humano e a todas as manifestações jurídicas que se apóiam nessa condição. O direito à vida deve ser entendido como o direito ao respeito à vida do próprio titular e de todos”.

absolutamente inviolável, provocaria o entendimento de que, o homicídio seja por culpa do agente ou nas causas de justificação, seria necessariamente proibido.

Em Gênesis, 9.6 diz que “se alguém derramar o sangue do homem, pelo homem se derramará o seu; porque Deus fez o homem segundo a sua imagem”¹¹⁶. Porém, em ato contínuo o mesmo texto que expõe o princípio sacro de proteção a vida humana, também previu as hipóteses de execução da pena de morte, ou seja, a “autoridade judicial legítima” poderia aplicar a punição rigorosa, isto é, morte. A proteção da vida não é um bem jurídico absoluto e indisponível em qualquer circunstância, por exemplo, o dever de não matar não era aplicado ao povo de Israel durante períodos de guerra¹¹⁷.

Nenhum bem é juridicamente absoluto e inatingível. Não furtar é um princípio jurídico e canônico. Ambas as linhas argumentativas concordam com a proibição do furto, mas, o agente, abandonado e faminto, após ter sido sequestrado, esbofeteado e posteriormente deixado para morrer sem nenhum dinheiro, porém, conseguindo levantar, ao passar em frente a uma padaria cujo aroma de pão fresco exala suavemente pelas ruas, tomado pela sua fome insaciável furta dois pães. Esse homem desamparado e faminto poderia ter a mesma punição de alguém que furta para satisfação de seu desejo criminoso egoísta por simples diversão? Não. A ação isolada de matar ou furtar não é um ato moralmente bom, contudo, há momentos em que a detida análise do caso concreto a revela justificável.

Champlin¹¹⁸, destaca que a petição¹¹⁹ de Sansão¹²⁰ de morrer juntamente com seus adversários. O objetivo principal era o triunfo sobre seus inimigos, mas, diante daquele

¹¹⁶ Bíblia de Estudo de Genebra, 2ª edição, 2009, p. 25.

¹¹⁷ Notas de estudos referentes a Êxodo, 20.13, Bíblia de Estudo de Genebra, 2ª edição, 2009, p. 117.

¹¹⁸ CHAMPLIN, Russell Norman, O Antigo Testamento Interpretado, 2001, p. 1068, “então Sansão fez mais uma petição: ele queria morrer juntamente com os filisteus. Queria que seu triunfo final ocorresse no momento mesmo de sua morte. Nada mais lhe restava pelo que viver. Agora ele só queria ter uma boa morte. “Poderíamos desejar que ele tivesse recuperado sua tremenda força física, continuando a labutar construtivamente em favor de sua nação e de seu Deus; mas a sua vida não era desse naipe. Ele era um homem de contendas; sua força sempre havia sido empregada para derrotar os seus adversários, da mesma maneira que eles usaram a força que tinham para derrotá-lo” (Phillips P. Elliott, in loc.). Sansão inclinou a cabeça e fez sua oração derradeira. O poder brotou de seu corpo inteiro, tal como antes havia sempre acontecido. Nenhuma coluna, por grossa que fosse, poderia resistir à sua força, dada por Deus. As colunas cederam; e, uma vez partidas as colunas centrais, o templo inteiro ruiu, em meio a muita poeira e a muitos gritos de agonia. Destruição e morte — isso sempre fizera parte da arte de Sansão, e ele foi exímio na sua arte,

cenário, para que isso se realizasse sua morte era inevitável. Ele não desejava morrer simplesmente para cessar sua existência. Mesmo assim, sua vida foi colocada como um preço a ser pago para realização de um ato moralmente bom, a vitória em sobre a nação inimiga.

Keller¹²¹ ao interpretar Hebreus 11.32-34¹²² explica que o suicídio de Sansão foi ato de fé, força e coragem. Ora, como um ato poderia ser considerado de fé e moralmente bom, se o instrumento para obtenção do resultado foi à interrupção da própria vida?

Somente conseguiremos responder essa questão por meio do detalhado estudo da situação fática. Conforme preconiza o autor citado, Deus atendeu ao pedido de Sansão, o que nos mostra que diante de Deus o ato foi considerado bom. O ponto central da interpretação não deve ser apenas o resultado final morte, entretanto, as razões que desencadearam aquele resultado.

Outro exemplo de interrupção da própria vida é a morte do Rei Saul¹²³, entretanto, neste caso o ato foi considerado egoísta e reprovável¹²⁴.

até o fim. Isso proveu um grande final histórico. Ele derrubou tudo, rejubilando-se por estar no fundo das ruínas, enquanto seu espírito sobrevoava por cima de toda aquela destruição”.

¹¹⁹ Bíblia de Estudo de Genebra, 2ª edição, 2009, p. 332, Jz 16:28, “Sansão clamou ao SENHOR e disse: SENHOR Deus, peço-te que te lembres de mim, e dá-me força só esta vez, ó Deus, para que me vingue dos filisteus, ao menos por um dos meus olhos”.

¹²⁰ CHAMPLIN, Russell Norman, Enciclopédia de Bíblia Teologia e Filosofia, volume 6, p. 81, “nome. No hebraico. homem do sol (shimshon, literalmente, "pequeno sol"), mas alguns dão o significado de "distinto" ou "forte". Família. Foi o filho de Manoá, membro da tribo de Dã. Seu nascimento foi previsto por um anjo do Senhor. pois, de forma violenta, ele devia cumprir a missão de aliviar a opressão de Israel pelos filisteus”.

¹²¹ KELLER, Timothy, Juízes para você, 2016, p. 169.

¹²² Bíblia de Estudo de Genebra, 2ª edição, 2009, p. 1664, Hb 11:32, “e que mais direi? Certamente, me faltará o tempo necessário para referir o que há a respeito de Gideão, de Baraque, de Sansão, de Jefté, de Davi, de Samuel e dos profetas, os quais, por meio da fé, subjugaram reinos, praticaram a justiça, obtiveram promessas, fecharam a boca de leões, extinguiram a violência do fogo, escaparam ao fio da espada, da fraqueza tiraram força, fizeram-se poderosos em guerra, puseram em fuga exércitos de estrangeiros”.

¹²³ CHAMPLIN, Russell Norman, Enciclopédia de Bíblia Teologia e Filosofia, volume 6, p. 112, “Saul é uma palavra hebraica que significa "solicitado" ou "esmolar". Ele foi o primeiro rei de Israel quando esse país deixou de ser governado por juízes e tomou-se mais semelhante aos países vizinhos. Seu período de reinado foi de 1020 a 1000 a. c.”.

¹²⁴ WIERSBE, Warren W., Comentário Bíblico Expositivo do Antigo Testamento, volume II, 2010, p. 286, “o reinado de Saul foi trágico, e tudo indica que sua morte era inevitável, mas como é triste que três de seus filhos tenham morrido com ele no campo de batalha! Jônatas havia sonhado em ser co-regente de Davi (1 Sm. 23:16-18),

Os soldados do rei não estavam à altura do exército inimigo e, sabendo que na época uma das práticas de despojos da nação vencedora era a morte do rei derrotado. Temendo ser torturado até a morte, Saul se jogou sobre sua espada e morreu.

Nos dois exemplos ambos tiveram uma ação que resultou na interrupção da própria vida. Por isso o debate não deve ser engessado apenas no resultado morte propriamente dito. Foi a motivação que levou a reprovação de um e a aprovação de outro.

A norma penal preconiza que o homicídio não é um ato moralmente bom, todavia, em caso de colisão de direitos fundamentais a solução emanará do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

Lewis¹²⁵ nos traz uma situação bastante interessante quando interpreta o Salmos 19¹²⁶. Considera que a lei é desejável como o ouro e agradável como o mel, quando não se infringe a proibição. O pensamento católico¹²⁷ e o protestante¹²⁸ consideraram como válida aplicação da pena de morte em determinadas circunstâncias.

sonho que nunca se realizou. Quantas vezes o pecado de um causa o sofrimento e até a morte de outros. "E há pecado para a morte" (1 Jo. 5:16). Os pecados tanto de Saul quanto de Eli (1 Sm. 4:1-18) custaram-lhes a própria vida e a de seus filhos. Deus não faz acepção de pessoas".

¹²⁵ LEWIS, C. S., Lendo os Salmos, p. 62.

¹²⁶ Bíblia de Estudo de Genebra, 2ª edição, 2009, p. 701, Sl 19:10 "são mais desejáveis do que ouro, mais do que muito ouro depurado; e são mais doces do que o mel e o destilar dos favos".

¹²⁷ Catecismo da Igreja Católica, 2267. "A doutrina tradicional da Igreja, desde que não haja a mínima dúvida acerca da identidade e da responsabilidade do culpado, não exclui o recurso à pena de morte, se for esta a única solução possível para defender eficazmente vidas humanas de um injusto agressor. Contudo, se processos não sangrentos bastarem para defender e proteger do agressor a segurança das pessoas, a autoridade deve servir-se somente desses processos, porquanto correspondem melhor às condições concretas do bem comum e são mais consentâneos com a dignidade da pessoa humana. Na verdade, nos nossos dias, devido às possibilidades de que dispõem os Estados para reprimir eficazmente o crime, tornando inofensivo quem o comete, sem com isso lhe retirar definitivamente a possibilidade de se redimir, os casos em que se torna absolutamente necessário suprimir o réu «são já muito raros, se não mesmo praticamente inexistentes".

¹²⁸ Confissão de Fé de Westminster, capítulo 23, I. "Deus, o Senhor Supremo e Rei de todo o mundo, para a sua glória e para o bem público, constituiu sobre o povo magistrados civis que lhe são sujeitos, e a este fim, os armou com o poder da espada para defesa e incentivo dos bons e castigo dos malfeitores. II. Aos cristãos é lícito aceitar e exercer o ofício de magistrado, sendo para ele chamado; e em sua administração, como devem especialmente manter a piedade, a justiça, e a paz segundo as leis salutares de cada Estado, eles, sob a dispensação do Novo Testamento e para conseguir esse fim, podem lícitamente fazer guerra, havendo ocasiões justas e necessárias".

O próprio texto bíblico no antigo testamento¹²⁹ previa a execução da pena de morte e historicamente não havia protestos contraditórios da população sujeita aquela jurisdição, mas pelo contrário a consideravam justa. O Apóstolo Paulo, defendeu a legitimidade legislativa e o poder de punir pertencente ao Estado¹³⁰.

O sexto mandamento proibiu o assassinato. Segundo Carson¹³¹, ele não era aplicável na execução judicial prevista para os crimes capitais ou pelas mortes legítimas como resultado de guerra. O texto antigo distinguiu a punição de um homicídio legítimo, intencional ilícito e acidental e suas punições correspondentes.

A decisão de justificar a impunibilidade “deve satisfazer a necessidade de uma correta fundamentação de um juízo de exclusão da responsabilidade”¹³².

Destarte, a exclusão da ilicitude por legítima defesa não se dá pela pretensão criminosa, mas não proteção da vida, ainda que resulte na morte no agressor.

¹²⁹ Bíblia de Estudo de Genebra, 2ª edição, 2009, p. 118, Ex. 21:12, “quem ferir a outro, de modo que este morra, também será morto”.

¹³⁰ WIERSBE, Warren W., Comentário Bíblico Expositivo do Novo Testamento, volume I, 2007, p. 726, “deus estabeleceu três instituições: o lar (Gn. 2:18-25), o governo (Gn. 9:1-17) e a Igreja (At. 2). Nesta epístola, Paulo se dirige a cristãos que se encontram no centro do império romano. A essa altura, as grandes perseguições ainda não haviam começado, mas estavam a caminho. O cristianismo ainda era considerado uma seita do judaísmo, e a religião judaica tinha a aprovação de Roma. Mas, um dia, seria extremamente difícil, senão impossível, um cristão manter-se leal ao imperador. Não poderia colocar incenso no altar e declarar “César é deus!” Em nosso tempo, há quem instigue tumultos e revoltas em nome de Cristo! Tais pessoas afirmam que é uma atitude cristã desobedecer à lei, se rebelar contra as autoridades e permitir que cada um faça o que parece certo a seus próprios olhos. Neste capítulo, Paulo refuta essa ideia explicando quatro motivos pelos quais o cristão deve se sujeitar às leis do Estado”.

¹³¹ CARSON, Comentário Bíblico Vida Nova, 2009, “o sexto mandamento. Este assassinato proíbe mandamento ou cometer assassinato, demonstra que Deus coloca a alta prioridade à vida humana. Nenhum ser humano tem o direito de tirar a vida de outro, porque cada pessoa é feita à imagem de Deus (cf. Gn 1,27. ; 9: 6). No Pentateuco, a punição para tirar a vida do outro é a própria morte. No entanto, o comando não inclui a execução judicial para crimes capitais ou pelas mortes legítimos, como resultado da guerra; e também deve-se ressaltar que as leis de A T desenhar uma cuidadosa distinção entre mortes intencionais e acidentais (ver 21: 1-22: 20 , na "santidade da vida" seção)”.

¹³² PALMA, Maria Fernanda, Direito Penal Geral A teoria geral da infração como teoria da decisão penal, 2017, p. 256.

2.5 Cumprimento do dever e o estado de necessidade

Se pensarmos na inserção do agente infiltrado em organizações criminosas, um dos crimes “inevitáveis” é o uso de identidade falsa, contudo, este fato típico e ilícito (dever de usar identidade falsa) não está previsto nas hipóteses de excludentes de ilicitude.

Vale lembrarmos que “o que importa nas causas de afastamento da tipicidade é determinar se houve ou não efetivamente ofensa ao bem jurídico tutelado, ou seja, se a renúncia do titular do bem à sua proteção é válida perante a ordem jurídica, se o agente atuou ao abrigo de autorização administrativa válida, ou se o fato encerra o significado de um fato socialmente tolerado ou útil. Por isso delas não emerge uma permissão forte, como acontece nas causas de justificação, mas uma permissão fraca ou um âmbito do não proibido penalmente”¹³³.

Porém, no exemplo citado, se verificada a impossibilidade de afastamento da tipicidade, poderíamos então excluir a ilicitude da conduta? Se sim, como explicar sua não previsibilidade no rol do Código Penal? Se não, qual seria a solução jurídica?

O cumprimento do dever legal exclui a ilicitude, conforme redação do vigente Código Penal Português, artigo 31, “no cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade. De igual modo, prevê a legislação brasileira no artigo 23, inciso III, CP.

O estado de necessidade e cumprimento do dever legal excluem a ilicitude. Mas, a polícia possui o dever legal de cometer crimes? A polícia possui o dever legal de matar ou agredir pessoas? Os elementos policiais devem obrigatoriamente se submeterem ao dever/obrigação de usar identidade falsa? Não.

No Estado de Direito é impensável que seja concedido as forças policiais o dever de extirpar a vida das pessoas ou de cometer crimes, seja contra algum terceiro estranho a operação, o suspeito investigado ou o próprio autor do crime.

A polícia não possui o dever de matar ninguém, apesar de que, isso possa inevitavelmente vir a ocorrer como um efeito colateral, mas jamais visando a morte.

Ainda que a vida humana não seja um bem absoluto e inatingível, ela não possui passividade de ser sacrificada como um dever jurídico para que haja condenações penais dos

¹³³ DIAS, Augusto Silva, Almedina, 2016, Crimes Culturalmente Motivados - O Direito Penal ante a 'Estranha Multiplicidade' das Sociedades Contemporâneas, p. 226.

investigados. O sacrifício da vida dos cidadãos não pode ser desejado pelo Estado, nem dado como uma opção razoável para prosseguimento da investigação criminal.

A constituição brasileira adotou o mesmo posicionamento elencado na constituição portuguesa, prevendo que a pena de morte não será aplicável aos réus condenados¹³⁴. A pena de morte é vetada pelo ordenamento jurídico mesmo após o trânsito em julgado de decisão condenatória. Juridicamente todo indivíduo é inicialmente inocente, contudo, cabe ao Estado comprovar sua culpabilidade no processo penal, observando todas as garantias constitucionais e processuais do arguido.

O princípio constitucional e penal da presunção de inocência, explica que o réu deverá ser tratado como se inocente o fosse até que ocorra o trânsito em julgado da decisão judicial condenatória. Seria então uma teratologia se o Estado permitisse a execução da pena de morte na fase de investigações criminais, onde todos os investigados devem ser tratados juridicamente como se fossem inocentes.

A infiltração de agentes é precedida pela tempestiva autorização judiciária competente. O magistrado elencará o objetivo central da investigação, a fundamentação que levou ao deferimento do uso desse meio especial de produção de provas e um rol de condutas permissivas, entretanto, qualquer decisão que autorizasse ou determinasse o sacrifício de vida(s) humana(s), seria inconstitucional. Devendo ser obrigatoriamente descumprida.

Francisco Muñoz Conde¹³⁵, levanta uma importante observação quanto a superioridade hierárquica e subordinação, por exemplo, quando ordem por manifestamente ilegal.

Poderia o agente dizer que matou legalmente sob a ordem do seu superior e posteriormente não ser punido? O comandante da operação poderia receber um salvo conduto para ordenar a prática de crime ainda que manifestamente ilícito?¹³⁶

¹³⁴ Constituição da República Portuguesa, artigo 32.º, nº. 2. “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”. Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, inciso “LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”.

¹³⁵ Muñoz Conde, Francisco, Mercedes García Arán, Derecho penal : parte generale, 2ª edição, Tirant lo Blanch, 1996, p. 356-359.

¹³⁶ CP, Artigo 37.º, “Obediência indevida desculpante, “age sem culpa o funcionário que cumpre uma ordem sem conhecer que ela conduz à prática de um crime, não sendo isso evidente no quadro das circunstâncias por ele representadas”.

O ordenamento jurídico não admite que o próprio Estado “viole” a si mesmo, ou seja, os seus próprios princípios e fundamentos jurídicos, provocando a não aplicação paulatina do Direito. Para que seja considerada legal toda a operação deve estar sujeita a lei.

O legislador português (Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, artigo 6º), de igual modo, o brasileiro (Lei n.º 12.850 de 2013, artigo 13º), optaram por não excluir a ilicitude da conduta devido ao cumprimento do dever, mas pela não punição se observada a proporcionalidade e a necessidade da conduta, quando se tratar das ações legais e precípuas da operação de infiltração.

Não sendo possível a exclusão da tipicidade, nem da ilicitude por meio do cumprimento do dever, passaremos a estudar as implicações quanto ao direito de necessidade que, assim como a legítima defesa, integram o conjunto penal de exceções da ilicitude, tratando-se então sobre a permissão de conduta por parte do agente que age instintivamente anelando a defesa de sua sobrevivência¹³⁷. O artigo 35, estado de necessidade desculpante, aponta para exclusão da culpa. O artigo 34, direito de necessidade, figura como causa de justificação.

O Código Penal prevê no artigo 34.º o Direito de necessidade¹³⁸, quando há “um conflito de bens jurídicos, mas se alargue, como deve a uma ponderação global e concreta do conflito de interesses em jogo: onde isso não for de todo possível a justificação deve ser pura e

¹³⁷ PALMA, Maria Fernanda, Casos e Materiais de Direito Penal, 2009, p. 177, “enquanto se trate de ver na causa de justificação um problema de permissão de conduta, as razões materiais da sua definição serão sempre fundamentos atinentes à posição de terceiros”. E p. 178, “a lógica da coação moral tal como a da legítima defesa não era entendida a partir das necessidades de coesão social, mas sim a partir do respeito pelo instinto de sobrevivência”.

¹³⁸ CP, Artigo 34.º Direito de necessidade: “Não é ilícito o facto praticado como meio adequado para afastar um perigo atual que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro, quando se verificarem os seguintes requisitos: a) Não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro; b) Haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado; e c) Ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado”. Ac. TRE de 29-03-2016, processo n.º 558/13.4GBLLE.E1, Relator ANTÓNIO JOÃO LATAS: “É, em princípio, admissível a valoração das fotografias ou filmes que não tenham sido obtidos de forma penalmente ilícita. Filmar a materialidade de autoria de um crime e de utilizar posteriormente o vídeo como prova do facto, embora possa eventualmente preencher a factualidade típica do crime de gravações e fotografias ilícitas (Artigo 199º do Código Penal), pode ser lícito, por exemplo, se quem filmou agiu ao abrigo do direito de necessidade (Artigo 34º do Código Penal), o que vale tanto para a obtenção do vídeo como para a sua posterior utilização em processo crime, pois esta utilização constitui a concretização daquele mesmo fim”.

simplesmente negada”¹³⁹, juridicamente esses fundamentos equiparam-se ao estado de necessidade previsto na legislação brasileira¹⁴⁰, porém, não ao Estado de necessidade desculpante¹⁴¹.

Quando tratamos a possibilidade de defesa de um bem jurídico vida, em detrimento ao fungível, a hermenêutica jurídica não é complicada. Mas, o mesmo não ocorre quando está em causa bens de igual valor. Para entendermos melhor esse assunto, cujos exemplos nos apresentam princípios que podem ser correlacionado com as possíveis condutas do agente infiltrado, o Prof. Jorge de Figueiredo Dias¹⁴², cita o clássico exemplo do “agulheiro que vê um expresso em circulação a alta velocidade tomar a via errada, pelo que irá embater um outro comboio parado na estação e cheio de passageiros, e que, no ultimo momento, desvia o expresso para via lateral onde estão dois trabalhadores que são esmagados, não pode louvar-se em um direito de necessidade. Em caso de conflito de vida contra vida(s), deve assentar-se no principio da imponderabilidade da vida para efeito de estado de necessidade justificante. Tudo o que se pode ficar em aberto é uma eventual causa de exclusão da culpa”.

Outros exemplos citados¹⁴³ temos: o da “tabula unius capax”, onde dois náufragos ao se verem agarrados a uma única tabua, percebem que devido ao peso, naquelas condições

¹³⁹ DIAS, JORGE FIGUEIREDO, Direito Penal, Parte Geral, Coimbra, 2004, p. 432.

¹⁴⁰ CP (Bra) artigo 23 e 24: “Exclusão de ilicitude Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Excesso punível Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos. Estado de necessidade Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. § 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo. § 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços”.

¹⁴¹ Sublinhamos que a negação da justificação em nada impede o afastamento da culpa. Vide: CP, artigo 35.º Estado de necessidade desculpante: “1 - Age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo atual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente. 2 - Se o perigo ameaçar interesses jurídicos diferentes dos referidos no número anterior, e se verificarem os restantes pressupostos ali mencionados, pode a pena ser especialmente atenuada ou, excepcionalmente, o agente ser dispensado de pena.

¹⁴² DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal, Parte Geral, Coimbra, 2007, p. 152.

¹⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo, Ob. Cit. p. 453 – 456.

apenas um teria possibilidade de sobrevivência, então, um atira o outro ao mar, salvando-se. Em outro, o “caso do piloto de um ferry” que transportava várias crianças, contudo, por razões diversas, um elevado volume de água começa ser enxertado a parte interior levando-os a morte, como único meio de salvação, o condutor com fim de aliviar o peso da “embarcação” e lança algumas crianças para morrerem afogadas, mas salvando todo o restante. Ou o “caso dos montanhistas” presos a uma única corda, porém, A começa a deslizar para um precipício, conseqüentemente, todos seriam puxados ao mesmo destino e B corta a corda, mantando A, todavia, salvando os demais. E, o “caso Mignonette”, náufragos em um bote distantes da terra e para não morrerem todos de fome decidiram matar aquele que estivesse mais enfraquecido.

Em todos estes exemplos, observamos uma colisão de direitos e deveres. Seja na ação ou na omissão. Assim, age sem culpa aquele que praticar ato ilícito, se no entanto, para afastar perigo atual em defesa de bem jurídico razoável¹⁴⁴.

Isabel Oneto¹⁴⁵, entende como aplicável na hipótese em que o agente infiltrado comete um crime de homicídio, porém, no âmbito do estado de necessidade desculpante quando o infiltrado, sem o “animus” de praticar crimes e sem os provoca-los, age fora dos limites da operação de infiltração (ação encoberta) em impreterível defesa da vida.

¹⁴⁴ Código Penal Português, artigo 35.º, “1 - Age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente. 2 - Se o perigo ameaçar interesses jurídicos diferentes dos referidos no número anterior, e se verificarem os restantes pressupostos ali mencionados, pode a pena ser especialmente atenuada ou, excepcionalmente, o agente ser dispensado de pena”.

¹⁴⁵ ONETO, Isabel, obra citada, p. 183 e 184, “nesse caso supomos que o conflito de valores cai fora do âmbito da ponderação entre o bem jurídico sacrificado e a finalidade da operação encoberta, para ser dirimida no âmbito do estado de necessidade desculpante (artigo 35º do CP) se as circunstâncias em causa reunirem os pressupostos dessa causa de exclusão da culpa. Em caso de perigo iminente para a vida ou integridade física do agente infiltrado, o Código Penal fornece causas que excluem a ilicitude e a culpa que possa cobrir a sua conduta”.

3. A punibilidade Penal e o artigo 6.º da Lei n.º 101/2001

3.1 *Punibilidade Penal e considerações gerais*

A Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto no artigo 6.º, n.º 1 prevê a isenção de responsabilidade do agente infiltrado desde que “no âmbito de uma ação encoberta, consubstancie a prática de atos preparatórios ou de execução de uma infracção em qualquer forma de comparticipação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma”.

Duarte Nunes¹⁴⁶ considera que o artigo 6º n.º 1 da Lei n.º 101 de 2001 exclui a ilicitude da conduta típica praticada pelo agente infiltrado. Portanto, nada impediria a valoração das provas obtidas quando sua conduta for “lícita e os fatos por ele praticados são igualmente lícitos”. Já Adán Carrizo Gonzalez-Castell¹⁴⁷, correlaciona o artigo referido com o artigo 282bis. do Código de Processo Penal espanhol, referindo-se a isenção de responsabilidade, isto é, não punição, desde que os crimes cometidos sejam estritamente precípuos a investigação e, ainda assim, proporcionais e que não configurem instigação ao crime.

Rui Pereira¹⁴⁸, sublinha que ao agente infiltrado somente seria admitido “prática de atos preparatórios ou executivos de um crime”. Sendo-lhe vetado a autoria singular material, salvo nas “hipóteses em que o crime autónomo participado pelo agente (...) se insere numa lógica de ‘comparticipação’ num outro crime autónomo”. Por exemplo, na obtenção de drogas “aleadamente para o consumo”.

Eduardo Maia Costa¹⁴⁹, elucida que a Lei n.º 101/2001 não exclui a possibilidade do agente infiltrado praticar crimes. Reconhecendo “que o êxito da ação encoberta pode depender

¹⁴⁶ NUNES, Duarte Rodrigues, Os meios de obtenção de prova previstos na Lei do Cibercrime, Gestlegal, 2018, p. 221-222.

¹⁴⁷ CARRIZO GONZALEZ-CASTELL, Adán, El agente infiltrado en España y Portugal, Criminalidade organizada e criminalidade de massa, Almedina, 2009, p. 215-216.

Duarte Rodrigues, Os meios de obtenção de prova previstos na Lei do Cibercrime, Gestlegal, 2018, p. 221-222.

¹⁴⁸ RUI PEREIRA, O "agente encoberto" na ordem jurídica portuguesa, In: Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa, Coimbra Editora, 2005, 2.v., p. 302.

¹⁴⁹ COSTA, Eduardo Maia, Ações encobertas : alguns problemas, algumas sugestões, In: Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício, Coimbra Editora, 2014, p. 365.

do envolvimento do agente na prática de atividades ilícitas, em coautoria ou mesmo em simples autoria material, sob pena do 'desmascaramento' do agente (...)".

Portanto, o artigo 6.º trata de “uma específica e atípica causa de exclusão da punibilidade, que não elimina a ilicitude da conduta, nem consequentemente isenta os demais participantes de responsabilidade penal, nem afasta a admissibilidade de legítima defesa contra a conduta privada”.

David Silva Ramalho defende “que ambas posições se nos afiguram parcialmente viáveis e cumuláveis, sendo, portanto, de admitir a prática de crimes numa lógica de comparticipação, bem como a prática daqueles ilícitos que preenchem os requisitos acima identificados”¹⁵⁰.

Porém, para que possamos analisar os problemas e as soluções jurídicas sobre a punibilidade do agente infiltrado no regime de ações encobertas, precisamos entender inicialmente o que é punibilidade e qual o seu fundamento.

Frederico de Lacerda da Costa Pinto¹⁵¹ explana a “teoria da infração penal seguida por Sousa e Brito na década de sessenta organiza-se a partir de quatro elementos autônomos: o fato, a ilicitude, a culpabilidade e a punibilidade. A tipicidade não é considerada um elemento da infração, mas sim um auxiliar técnico da subsunção que indicia a ilicitude. O seu valor prático, o fato de permitir obter uma referência segura para realizar a análise dos elementos do crime, aconselham no entretanto um provisório juízo de punibilidade, anterior à análise dos elementos do crime e confirmado ou negado por esta. A tipicidade (completa) obtém-se apenas no final do processo de análise e corresponderá à realização da previsão do legislador penal”. O fato é abrangido à ação, omissão, resultado, circunstâncias e a vontade. A ilicitude “é um juízo de desvalor sobre o fato”. A culpa dar-se-á em função também da valoração da personalidade do agente, e, não a efeitos possivelmente gerais. Quanto a punibilidade, o fato ilícito e culposos determina a necessidade da pena, logo, “só a pena necessária é uma pena justa”.

Entretanto, “a não punibilidade do fato constitui um juízo material sobre a relevância penal do mesmo e, por isso, não se confunde com a dispensa de pena que é um juízo

¹⁵⁰ RAMALHO, David Silva, Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente digital, Almedina, 2017, p. 307.

¹⁵¹ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, A Categoria da Punibilidade na Teoria do Crime, Almedina, Tomo I, 2013, p. 483-484.

sobre a determinação e escolha da sanção aplicável. O fato não punível não é crime, mas o fato para o qual se preveja uma dispensa de pena é um crime. A não punibilidade tem sempre precedência lógica e metodológica sobre a ponderação duma dispensa de pena, sendo esta prejudicada por aquela”¹⁵².

Portanto, a punibilidade não integra o conceito analítico de crime e a extinção da punibilidade não extingue o crime, mas apenas suas consequências jurídicas, ou seja, os efeitos do crime.

Zaffaroni e Pierangeli, explicam que "o vocábulo 'punibilidade' tem dois sentidos, que devem ser claramente delineados: a) punibilidade pode significar merecimento de pena, ser digno de pena no sentido da palavra alemã *StrafWürdig*; neste sentido, todo delito (toda conduta típica, antijurídica e culpável) é punível pelo simples fato de sê-lo; b) punibilidade pode significar possibilidade de aplicar a pena, no sentido da palavra alemã *Strafbar*, nem todo o delito é passível de uma aplicação de uma pena, isto é, não se pode dar a todo o delito o que teria merecido. Nem sempre a punibilidade no sentido 'a' pode ser satisfeita no sentido 'b'. Isto não é consequência da falta de qualquer característica do delito, mas é apenas uma questão que tem lugar e ópera dentro da própria teoria da coerção penal. A afirmação de que o delito é punível (sentido a) surge da afirmação de que é delito, mas a coercibilidade a que este dá lugar nem sempre ocorre, porque possui uma problemática própria e que ocasionalmente impede a sua atuação (sentido b). Pelo simples fato de sê-lo, o delito é merecedor de uma pena (punível e sentido a), assim como a criança travessa é merecedora de uma palavra corretiva, por parte da mãe. Mas pode acontecer que, por um motivo que nada tem a ver com o delito em si, a pena não possa ser aplicada, assim como pode acontecer que a mãe não aplique a palmada, porque tem a mão machucada, sem que isto em nada afete a existência da travessura do moleque”¹⁵³.

Na investigação criminal o agente infiltrado atuará como representante (“*longa manus*”) do Estado, contudo, em determinadas circunstâncias não será possível extirpar a hipótese de que o agente não cometa crimes diversos daqueles de menor gravidade previamente autorizados. A depender do caso concreto a atuação do agente poderá gozar do afastamento da

¹⁵² PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *A Categoria da Punibilidade na Teoria do Crime*, Almedina, Tomo II, 2013, p. 1.088.

¹⁵³ ZAFFARONI e PIERANGELI, citado por Rogério Sanches Cunha, *Manual de Direito Penal Parte Geral*, volume único, 2016, p. 309.

exclusão da ilicitude (CP). Já nos termos da lei de ações encobertas a impubildade apenas ocorrerá quando o infiltrado guardar limites legais observando devida necessidade/proporcionalidade de seus atos.

3.2 Proporcionalidade, necessidade e a não punição

A investigação criminal deve ser conduzida pela legalidade dos seus atos. A proibição do excesso é um dos pilares do Direito Constitucional Penal. Somente dessa forma os atos do agente infiltrado serão considerados lícitos, ou seja, válidos no processo penal. A atuação lícita da polícia é um instrumento garantidor dos direitos fundamentais do cidadão. Havendo excesso em sua atuação, a mesma se tornará responsável pela violação de direitos¹⁵⁴.

O princípio da “proibição de proteção insuficiente” ou princípio da “proibição de déficit” preconiza que a força policial não está apenas obrigada ao não uso da força excessiva, mas também ao uso da força necessária para fazer cessar a agressão ao bem jurídico. “E não há ‘congruência’ entre proibição do excesso e proibição de defeito: entre uma linha e outra há um ‘corredor’ entre um limite mínimo e um limite máximo de intervenção”¹⁵⁵.

A atuação excessiva sem a observância aos limites fixados na lei é divorciada da legitimidade. A norma jurídica, Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, artigo 6º, veta o excesso. Para que o agente figure juridicamente de modo legítimo esse recurso excepcional atuará na prevenção e repressão dos seguintes crimes descrito no artigo 2º como meio de prova (ou recolha da prova), na ação encoberta, mediante o preenchimento do requisitos descritos no artigo 3º¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Quanto a aplicação dos direitos fundamentais abrangendo a discussão entre a possível “exclusividade” do Legislador ou controle pela Corte constitucional vide: PULIDO, Carlos Bernal, O direito dos direitos, Marcial Pons, 2013, p. 109 e ss.

¹⁵⁵ SILVA, Jorge Pereira da, Direitos Fundamentais, Teria Geral, Universidade Católica Editora, 2018, p. 364.

¹⁵⁶ Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, “artigo 3.º, Requisitos 1 - As ações encobertas devem ser adequadas aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto, nomeadamente a descoberta de material probatório, e proporcionais quer àquelas finalidades quer à gravidade do crime em investigação. 2 - Ninguém pode ser obrigado a participar em ação encoberta. 3 - A realização de uma ação encoberta no âmbito do inquérito depende de prévia autorização do competente magistrado do Ministério Público, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de instrução e considerando-se a mesma validada se não for proferido despacho de recusa nas setenta e duas horas seguintes. 4 - Se a ação referida no número anterior decorrer no âmbito da prevenção criminal, é competente para autorização o juiz de instrução criminal, mediante proposta do Ministério Público. 5 - Nos casos referidos no número

A opção investigativa pelo uso dos meios probatórios especiais suscita grandes discussões, especialmente quanto à participação das atividades ilícitas do agente infiltrado, pois, durante a investigação criminal o infiltrado, sem o “*animus*” de praticar qualquer delito, a pedido do Estado, atuará como membro da organização criminosa¹⁵⁷.

Para que a conduta do agente esteja em conformidade com o princípio da proporcionalidade constitucional penal, é inadmissível que o infiltrado atue como agente provocador¹⁵⁸, aquele que “induz à prática de atos ilícitos, criando ele próprio as condições para a verificação de uma nova infração, pela qual o provocado será incriminado”¹⁵⁹.

O legítimo agente infiltrado guarda a sua atuação nos limites previamente estabelecidos na lei para que com segurança possa coletar provas e evidências dos crimes praticados pela organização criminosa, porém, o provocador, com o “*animus*” de praticar crimes cria o próprio crime e o próprio criminoso, conduta esta, não admissível no Estado de Direito.

Durante a infiltração o agente deverá agir de modo subordinado a finalidade da sua atuação¹⁶⁰. Se na análise do caso específico for considerado a conduta desproporcional,

anterior, a competência para a iniciativa e a decisão é, respectivamente, do magistrado do Ministério Público junto do Departamento Central de Investigação e Ação Penal e do juiz do Tribunal Central de Instrução Criminal. 6 - A Polícia Judiciária fará o relato da intervenção do agente encoberto à autoridade judiciária competente no prazo máximo de quarenta e oito horas após o termo daquela”.

¹⁵⁷ CAMILO, Roberta Rodrigues, Crime Organizado, 2012, p. 297, apensar de não haver duvida quanto ao desejo do infiltrado em pertencer ao grupo criminoso, falta o *animus* de praticar qualquer delito e por estar atuando em cumprimento do dever, sua conduta é justificada.

¹⁵⁸ Processo 182/09.6JELSB.L1-5, Relator: NUNO GOMES DA SILVA, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, “O agente provocador será o membro do órgão de polícia criminal ou alguém a seu mando que pela sua atuação enganosa sugere eficazmente ao autor a vontade de praticar o crime que antes não tinha representado e o leva a praticá-lo, quando sem essa intervenção a atividade delituosa não teria ocorrido. A vontade de delinquir surge ou é reforçada no autor, não por sua própria e livre decisão, mas como consequência da atividade de outra pessoa, o membro do órgão policial”.

¹⁵⁹ Relator: ANA BACELAR CRUZ, citando, Meireis, Manuel Augusto Alves; no processo 15/10.0JAGRD.E1, Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, “Para Manuel Augusto Alves Meireis, o que caracteriza o agente encoberto é a sua absoluta passividade relativamente à decisão criminosa. O agente provocador é aquele que, em qualquer circunstância, determina outrem à prática do crime, toma, por qualquer meio, a iniciativa e provoca uma atividade criminosa que, sem ela não teria lugar. O agente provocador induz à prática de atos ilícitos, criando ele próprio as condições para a verificação de uma nova infração, pela qual o provocado será incriminado.”

¹⁶⁰ Vide: Artigo 282 bis., LECrim.

desnecessária ou provocativa, poderá ser portanto, penalmente punida¹⁶¹. Outrossim, para que o agente seja isento de responsabilidade (punição), Francisco Pérez¹⁶², destaca 3 (três) requisitos: a conduta seja uma consequência necessária para o desenvolvimento da operação, seja juridicamente proporcional e não constitua provocação ao crime.

A teoria do domínio do fato elaborada por Hans Welzel, é explicada por Rogério Sanches¹⁶³, diferenciando com precisão a atuação entre autor e partícipe. Sendo o autor do crime aquele que possui o controle finalístico do fato, ele decide praticar o crime e controla a sua execução. Já o partícipe, embora colabore intencionalmente para o resultado da ação, ele não exerce o domínio sobre ela.

A ação do agente provocador quando definida como provocador partícipe, o agente instiga algum terceiro a praticar crimes. Quando o agente provocador atua como autor mediato na prática do ato ilícito, ainda que, sem realizar a conduta direta prevista na moldura penal. O autor mediato se vale de outra pessoa (terceiro) como instrumento para prática do crime.

O clássico exemplo de autoria mediata é quando o agente hipnotiza algum terceiro inocente, causando doença mental transitória. “O hipnotizado não passa de mero instrumento de realização da vontade criminosa do hipnotizador, que é o autor mediato de determinado crime”¹⁶⁴, portanto, o hipnotizado não possui voluntariedade da ação realizada, logo, sua conduta

¹⁶¹ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal, Centro de Estudios Jurídicos, El agente encubierto en el ordenamiento jurídico español, 2006, p. 244-246.

¹⁶² ALONSO PÉREZ, Francisco, La figura del agente encubierto, Revista de documentación, Madrid, n.9 (Octubre-Diciembre 2002), p. 21.

¹⁶³ CUNHA, Rogério Sanches, Manual de Direito Penal Parte Geral, 2016, p. 373: “Teoria do domínio do fato: elaborada por HANS WELZEL no final da década de 1930, com nítidos predicados finalistas, esta teoria surgiu para diferenciar com clareza o autor do executor do crime, conciliando as teorias objetiva e subjetiva. Para essa concepção, autor é quem controla finalisticamente o fato, ou seja, quem decide a sua forma de execução, seu início, cessação e demais condições. Partícipe, por sua vez, será aquele que, embora colabore dolosamente para o alcance do resultado, não exerça domínio sobre a ação”.

¹⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto; Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1, 2009, p. 383, “falta ao agente o próprio requisito da voluntariedade, fundamento do exercício da ação humana, eliminando, portanto, toda e qualquer possibilidade de ação, de maneira similar aos casos de vis absoluta Sem o requisito da voluntariedade a conduta não pode ser considerada nem mesmo como típica. O hipnotizado não passa de mero instrumento de realização da

é atípica. A voluntariedade é um requisito basilar para formação do conceito analítico de crime, porém, se o hipnotizado não exerce sua vontade, a conduta manipuladora do provocador concebe em favor daquele que fora controlado o problema de impunibilidade penal e civil, ou seja, aquele que no ato ilícito penal se encontrava portador de doença mental transitória, não exprime sua vontade, sua conduta é atípica, não punível pelo Direito.

Se porventura o agente hipnotizador induzir o inocente a praticar algum ato jurídico cível, esse será nulo¹⁶⁵, visto que aquele que por condição diversa, ainda que temporária não puder exercer livremente (de forma absoluta, pois se relativa, lhe será atribuída a responsabilidade mediante a culpa) sua vontade, não responde pelos atos ilícitos praticados, seja na esfera cível ou criminal.

O agente que ultrapassar os limites da infiltração e manipular coercitivamente algum terceiro inocente a praticar crimes sob coação irresistível, responderá pelos efeitos jurídicos penais inerentes as sanções aplicadas ao autor mediato do ato ilícito. Essa situação ocorre quando o coato rendido pelo medo executa a vontade criminosa do coator.

O temor reverencial ou coação resistível, a depender da análise do caso concreto, poderá implicar uma punição atenuada, entretanto, à coação física irresistível exclui conduta criminosa e à coação moral irresistível exclui a culpabilidade¹⁶⁶.

vontade criminosa do hipnotizador, que é o autor mediato de determinado crime. O hipnotizado não é autor, nessa hipótese, mas mero executor inculpável”.

¹⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil I, 2009, p. 93: “é nulo, assim, o ato jurídico exercido pela pessoa de condição psíquica normal, mas que se encontrava completamente embriagada no momento em que praticou e que, em virtude dessa situação transitória, não se encontrava em perfeitas condições de exprimir sua vontade”.

¹⁶⁶ Barros, Flávio Monteiro de, citado por Rogério Sanches Cunha, Manual de Direito Penal Parte Geral, volume único, 2016, p. 302: “Para uns, a gravidade da ameaça é apurada em função do homem médio; para outros, o referencial é a condição pessoal do coagido. Cremos, em tal assumo, que nenhum desses critérios deve ser tomado em sentido absoluto. Efetivamente, o juiz deve decidir conforme o critério que mais se ajustar ao fato concreto, analisando sempre o valor dos bens jurídicos em conflito, as consequências advindas de uma ou outra opção, bem como o estado psicológico e demais particularidades do coagido, como sexo, idade, saúde, temperamento etc. É evidente que a ameaça de dano patrimonial não pode justificar a morte, ou lesão grave, de uma pessoa. Mas se os bens jurídicos são de igual valor, a opção do paciente de sacrificar o interesse alheio, satisfazendo o desejo do coator, não pode ser censurado pelo direito. Se, no entanto, o bem sacrificado é maior que o dano causado pela ameaça, subsiste a culpabilidade do coagido”, e, Código Penal Brasileiro de 1940, art. 22: “Se o fato é cometido sob coação

Quando pessoa inocente pratica ato ilícito sob plena rendição de coação irresistível executada pelo agente provocador, em decorrência de sua determinação e domínio da ação criminosa, apenas esse responde pelo crime. O problema de impunibilidade é resolvido não pela ação coato, mas, pela determinação dominante do coator¹⁶⁷.

A atuação diversa dos limites da legítima ação encoberta seja do agente provocador partícipe (aquele que induz a ação criminosa, embora, ele não exerce o domínio sobre ela) ou provocador autor mediato (aquele que possui o controle finalístico do fato), deve o agente “responder completamente pelo delito, porque, obviamente, as normas que regulam a infiltração de agente jamais podem ser interpretadas como fomento à prática de delitos”¹⁶⁸.

O agente infiltrado trabalha sempre em conjunto com a equipe de policiais envolvidos na operação específica, e, as informações relevantes por ele colhidas são repassadas para a equipe de apoio. Dependendo da circunstância o infiltrado poderá sacrificar a continuidade da operação para agir em defesa própria ou a favor de terceiro, pois, o Estado de Direito não permite a violação desproporcional aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Constitucional. Embora, o infiltrado deseja atuar de forma prudente e de boa fé anelando sempre a proteção do cidadão, há determinadas condutas que são inadmissíveis pelo ordenamento jurídico vigente.

Os exemplos anteriores abrangeram situações diversas em que o agente comete o crime a fim de satisfazer o “*animus*” delituoso, porém, não podemos extirpar desta análise a possibilidade de justificação, caso agisse de forma aparentemente criminosa, todavia, exclusivamente em defesa de vida humana inocente em face a uma situação iminente e excepcional.

irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”.

¹⁶⁷ ZAFFARONI e PIERANGELI, citado pro Rogério Sanches Cunha, Manual de Direito Penal Parte Geral, volume único, 2016, p. 377: “ZAFFARONI e PIERANGELI desenvolveram, para o caso, a figura do autor por determinação, evitando impunidade. Se, nos termos do art. 29 do Código Penal, pune-se quem, de qualquer modo, concorre para o crime, não há razão para deixar impune o autor de determinação que, dotada de plena eficácia causal, é levada a efeito por quem atua, por exemplo, sem conduta (v.g., hipnose). O agente não é autor do crime, mas responde pela determinação para o crime por exercer, sobre o fato, domínio equiparado à autoria. Encontra-se esta solução, aliás, nos casos de coação moral irresistível e de obediência hierárquica, em que se pune tão somente o coator ou o autor da ordem”.

¹⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César, Comentários à Lei de Organização Criminosa, 2014, p. 182.

Se no desenvolvimento da operação de infiltração o agente obter uma informação de que a organização terrorista investigada realizará determinado mal maior, por exemplo, explosão de uma bomba em um centro comercial e, o investigado na operação ou algum terceiro que possui o detalhamento de quando e onde esse planejado mal ocorrerá. Será que isoladamente ou junto com equipe policial, o agente poderia torturar o investigado ou esse terceiro para que forçadamente ele revele como evitar o ataque?

Nesse contexto o agente fundamenta a razão ação pelo princípio basilar de que apenas torturou o criminoso para salvar vidas humanas inocentes e indefesas. Será que o Estado de Direito poderia excluir a culpabilidade do autor da conduta prevista na moldura penal como típica, ilícita e culpável? Acredito que não.

A Constituição da República Portuguesa¹⁶⁹, assim como, a Constituição da República Brasileira¹⁷⁰, não deixam dúvidas quanto à expressa proibição da tortura independe da sua motivação¹⁷¹. No Estado de Direito a proteção da dignidade da pessoa humana é considerada um bem inviolável e indisponível, logo, universalmente protegido.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece no artigo 5º, que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”, portanto, a licitude da conduta do agente infiltrado será ser corrompida pelos atos de torturas que porventura forem praticados, ainda que motivados por “boa fé” para salvar um inocente.

A proibição absoluta e sem reserva da tortura assegura que em hipótese alguma o suspeito investigado ou o terceiro, poderá ser submetido a condições indignas, assim, podemos

¹⁶⁹ Constituição da República Portuguesa de 1976, artigo 25º, nº. “1, A integridade moral e física das pessoas é inviolável”, e nº. 2, “Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratamentos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos”.

¹⁷⁰ Constituição da República Brasileira de 1988, art. 5º, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”

¹⁷¹ DIAS, Augusto Silva, Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o gênio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Figueiredo Dias, volume I, 2009, Coimbra Editora, p. 217, “a proibição da tortura é entre nós integral e sem reservas. Em abono do carácter absoluto da proibição”.

concluir que as garantias constitucionais fundamentais asseguram que o cidadão alvo das investigações faça “valer frente ao Estado, os seus direitos fundamentais”¹⁷².

Os princípios da dignidade da pessoa humana e à presunção de inocência, que compõem os pilares do Direito, impendem que o Estado na busca incessante pela verdade material utilize da tortura como meio de obtenção de prova, ainda que em circunstâncias excepcionais. O deferimento em sentido contrário levantaria especialmente duas problemáticas, isto é, quanto à abertura de um precedente investigativo imparável e quanto à dignidade do investigado.

Em situações extremas enfrentadas pela sociedade, dentre elas ameaças terroristas, há uma tendência de enxertar poderes autoritários ao Estado, todavia, “o direito não é um comando de um leviatã para pessoas que, por medo de uma situação pior, renunciam a todo o direito de objetar”¹⁷³.

Segundo Mark Twain¹⁷⁴ “a um homem munido de um martelo tudo se parece com uma unha”. A legitimação deste meio revestiria as autoridades estatais com poderes incontroláveis. Tratando especificamente no caso infiltração de agentes, é importante destacar que não vivemos em uma época em que um polícia ou a equipe de investigação possam arbitrariamente definir as hipóteses e as proporções de violação da dignidade humana dos investigados.

Um dos meios de tortura é a provocação da dor por meio de agulhas enxertadas nas unhas do torturado, contudo, caso ele resista à dor, seria permitido então que lhe fossem arrancadas as unhas?¹⁷⁵ Caso não resultasse, subsidiariamente poderia ser permitido que lhe

¹⁷² PAULO, Vicente Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo; Direito Constitucional, 2014, p. 100: “As garantias fundamentais são estabelecidas pelo texto constitucional como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais. As garantias possibilitam que os indivíduos façam valer, frente ao Estado, os seus direitos fundamentais”.

¹⁷³ PASCAL, Robert Anthony; e BABIN, James Lee; citado por Cristina Montalvão Sarmento, Políticas & Segurança, p. 71.

¹⁷⁴ Mark Twain, citado por Augusto Silva, Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Figueiredo Dias, volume I, 2009, Coimbra Editora, p. 216.

¹⁷⁵ Hipótese abordada pelo Prof. Augusto Silva Dias, em Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Figueiredo Dias, volume I, 2009, Coimbra Editora, p. 217, “se o indivíduo resiste à dor causada pela infiltração de agulhas será que resiste à

fossem retirados os dedos, as mãos, os pés ou demais membros? Notem que não existem formas em que a proporção da execução da tortura possa ser previamente delineada, já que a provocação da dor é supostamente legitimada para obtenção da verdade, logo, até que seja obtida, a ofensividade lesiva poderia ser paulatinamente graduada.

O recurso da infiltração de agentes é um necessário meio de prova, todavia, no vigente Estado de Direito, independe da motivação a tortura jamais será aceita pelo Direito. O agente que praticar esse ato ilícito, seja de forma autoritária e autônoma ou por meio da equipe de apoio, responderá pelo crime de tortura. Neste exemplo o agente provocador, portanto, é o próprio autor do crime, seja como autor direto, partícipe ou mediato.

A infiltração de agentes é um meio especial de produção de prova que colide com os direitos fundamentais do investigado. Sob o controle jurisdicional o agente ingressa na organização criminosa, conseqüentemente, invade a vida privada do potencial suspeito. Contudo, os desafios trazidos pela nova criminalidade tornam o desmantelamento da organização criminosa como um anelo infactível se as investigações se valerem apenas dos meios convencionais de produção de provas. A atuação do agente infiltrado em sua própria natureza é revestida de alguma deslealdade, ainda que proporcional. Mas, conforme exposto, é um meio excepcional necessário. Todavia, a excepcionalidade desse especial recurso não dá ao agente, nem a equipe investigativa, um salvo conduto para praticar de crimes a fim verdade seja obtida sob qualquer meio.

A proporcionalidade entre a conduta do agente infiltrado que pratica pequenos crimes que não representam elevado grau de lesividade aos bens jurídicos protegidos a fim de ingressar na organização criminosa ou de manter sua temporária condição de membro da organização e o autor/partícipe de crimes que atua fora dos limites da ação encoberta, é a linha tênue a ser separada para que seja avaliada a punibilidade da conduta.

A desculpa em direito penal suscita o problema de saber se é justo punir o ato¹⁷⁶, isto é, a não punição pelo crime. Sobre a punibilidade do agente infiltrado o legislador português

provocada pelo próprio arrancar das unhas, uma técnica, segundo DERSHOWITZ, muito utilizada pela polícia egípcia? Quando os fins justificam os meios, o que impede esta passagem?”.

¹⁷⁶ PALMA, Maria Fernanda, O princípio da Desculpa em Direito Penal, 2005, p. 150, “na desculpa o problema é o de saber se é justo punir o ato proibido nas condições de ponderação da situação emocional em que o agente atuou”.

(Lei n.º 101 de 2001, artigo 6º)¹⁷⁷, assim como, o legislador brasileiro (Lei n.º 12.850 de 2013, art. 13)¹⁷⁸, previram que se no âmbito da infiltração o agente que guardar em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, não será punido. Desde que, agindo dentro daquilo que fora legalmente chamado. Por exemplo (artigo 6º, n.º 1, Lei 101/01), nos atos preparatórios ou de execução quando em infrações na forma de comparticipação não ligados a autoria mediata ou de modo desproporcional.

O princípio da proporcionalidade e da necessidade ao mesmo tempo que reveste a conduta do agente de proteção, a sua violação será o fundamento para a punição. Conforme estudado, o agente poderá praticar atos preparatórios, ainda que sem a comunicação e autorização da autoridade judiciária. Entretanto, essa situação é excepcionalíssima. Não pode a agente passar a agir como se houvesse um recurso disponível sempre que desejasse atuar modo infiltrado sem a comunicação ao superior hierárquico e autorização judiciária.

A falta da observação dos procedimentos legais invalidam a operação, consequentemente as provas produzidas. A Convenção Europeia sublinha que é o essencial cumprimento das normas que asseguram a legalidade da operação e a não punição do agente¹⁷⁹.

A lei brasileira, salvo os casos de afastamento da tipicidade ou exclusão da ilicitude, buscou solucionar o problema da impunibilidade da conduta do agente infiltrado com base na exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Este conceito é explicado por Cleyson Brene¹⁸⁰, por meio do exemplo onde os criminosos “se utilizando de arma de fogo, privaram a liberdade familiar de gerente da Caixa Econômica Federal, incluindo 08 pessoas, dentre elas menores de idade (filhos do gerente)

¹⁷⁷ Lei 101/2001, art. 6º, nº 1, “Não é punível a conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma acção encoberta, consubstancie a prática de atos preparatórios ou de execução de uma infracção em qualquer forma de comparticipação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma”.

¹⁷⁸ Lei 12.850 de 2013, “art. 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados. Parágrafo único. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa”.

¹⁷⁹ Consejo de Europa / Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Guía del artículo 6 del Convenio – Derecho a un proceso equitativo (parte penal), p. 30.

¹⁸⁰ BRENE, Cleyson, *Ativismo Policial*, Editora JusPodivm, 2019, p. 203-204. Vide também: Tribunal Regional Federal – TRF 5º Região, Primeira Turma, ACR 5319PE0012519-84.2005.4.05.8300, Relator Desembargador Rogério Fialho Moreira, j. 19/11/2009.

mantendo-os em cárcere, no recesso do lar do gerente, como meio de obter prestação positiva, consistente na entrega de valores. Ação com sucesso na empreitada, com a venda da liberdade das vítimas e obtenção de numerário equivalentes a quase R\$ 90.000,00 (noventa mil reais). O Ministério Público Federal não deflagrou ação penal em relação ao gerente da agência bancária pela subtração do numerário, reconhecendo, de forma indubitável, no caso concreto, a excludente de culpabilidade diante da inexigibilidade de conduta diversa, considerando a coação moral irresistível”.

Precisamos entender que o agente infiltrado será inerido em determinadas situações esse “ambiente” criminoso o “cercará” de oportunidades para o consumo de irreprimido de drogas, uísques e outras bebidas ¹⁸¹.

Porém, na lei portuguesa, não responde penalmente o agente infiltrado que permanece dentro do limite legal previsto, isto é, restrito aos atos precípuos à infiltração, de execução e aos “crimes de perigo abstrato, como o crime de tráfico de estupefaciente (artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro ou tipo penal descrito no artigo 275.º, n.º 2, do Código Penal, relativo à importação, fabrico, guarda, compra, venda, cedência e aquisição a qualquer título, transporte, distribuição, detenção, uso ou porte de engenho ou substancia capaz de produzir explosão nuclear, relativamente aos quais a punição do agente a título de tentativa tornar-se-ia aliás dificilmente configurável”¹⁸².

3.3 Agente provocador

A figura de agentes autorizados a praticarem de fatos puníveis como provocadores surgiu inicialmente na França no período do Ancien Régime. A partir de 1.708 sendo chamados para esse serviço quando necessário. Apenas em 1.740 tiveram a carreira reconhecida como inspetor de polícia. Alguns eram contratados como subinspetores, criminosos instigando outros, contra os quais ainda não haviam provas, a praticarem crimes em troca da liberdade¹⁸³. Nesse

¹⁸¹ FERREIRA, Vanessa Dias, Problèmes posés par la mise en oeuvre des opérations undercover dans le domaine de la lutte contre la trafic de stupéfiants, Revue de droit pénal et de criminologie, Bruxelles, a. 76 n.5 (mai.1996), p.566-570.

¹⁸² ONETO, Isabel, O agente Infiltrado, 2005, p. 180-181.

¹⁸³ MEIREIS, Manuel Augusto Alves, Regime de provas obtidas pelo agente provocador em processo penal, 1999, p. 20 e 21.

ângulo estratégico aplicar-se-ia o pensamento: “arranja um ladrão para apanhar outro ladrão”¹⁸⁴. Fundamento este, não aceito pelo ordenamento jurídico vigente.

A atuação provocativa é historicamente iniciada na França, contudo, foi na Alemanha que o seu enquadramento foi conceituado e sistematizado¹⁸⁵. Meireis¹⁸⁶, classifica o agente provocador como “aquele investigador que determina outrem à perpetração de um crime apenas porque quer que este seja acusado e punido”. Eduardo Correia¹⁸⁷, define como “aquele que provoca outrem a executar uma atividade criminosa, não porque a queira, mas só porque pretende arrastar aquele para a punição”.

As hipóteses de admissibilidade dessa figura no Processo Penal é incompatível ao Direito. “Aponta-se (...), não raro, por atrair pessoas que de outro modo ficariam imunes à delinquência e imoralidade do Estado que com uma mão favorece o crime que quer punir com a outra. Acaba potenciando os fatores da extorsão, da violência e do crime em geral”¹⁸⁸.

Não podemos no partir do pressuposto permissivo de imoralidade ou ilicitude daqueles que possuem o dever legal de cumprir a lei. “O policial, como servo da lei, deve ser absolutamente íntegro, pois sua palavra é forçosamente acreditada em virtude da sua profissão”¹⁸⁹.

São ilegais e inadmissíveis as provas obtidas por meio do agente provocador. Sua conduta não se dá de modo a anelar a recolha da prova, mas em criar “uma intenção criminosa até então inexistente, dos casos em que o sujeito já está implícita ou potencialmente inclinado a delinquir e a atuação do agente apenas põe em marcha aquela decisão. Isto é, importa distinguir entre a criação de uma oportunidade com vista à realização de uma intenção criminosa, e a criação dessa mesma intenção”¹⁹⁰.

¹⁸⁴ SHARPE, Sybil, “Covert Police Operations and the Discretionary Exclusion of Evidence”, in Criminal Law Review, Londres, 1994, p. 793, citado por ONETO, Isabel, O agente Infiltrado, 2005, p. 24.

¹⁸⁵ GLASER, “Zur Lehre vom Dolus des Anstifters”, Der Gerichtssaal 1858, p. 24 e ss., citado por MEIREIS, Manuel Augusto Alves, Regime de provas obtidas pelo agente provocador em processo penal, 1999, p. 23.

¹⁸⁶ MEIREIS, obra citada, p. 25-26.

¹⁸⁷ CORREIA, Eduardo, Direito Criminal II, Coimbra, 1993, p. 253.

¹⁸⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, 1992, Coimbra, pág. 221.

¹⁸⁹ CHRISTIE, Agatha O Caso dos Dez Negrinhos, O lobo.

¹⁹⁰ STJ, processo n.º 05P3349, Relator Sousa Fonte, 30/11/2005.

Imaginemos que o ex-marido da senhora A, esteja atuando como agente infiltrado. Após ter perdido a guarda dos filhos no processo de divórcio, no decorrer da investigação unilateralmente (sem autorização) ele conduz o investigado B para ir ao encontro de sua ex-esposa para que B incentive A para agir de modo criminoso. Os atos do agente podem ser impuníveis?

O agente, se assim fizer, passa ser classificado como provocador, cuja conduta é vetada pela lei, portanto, inútil ao processo penal e passível de punição¹⁹¹. Estes casos serão resolvidos no prisma da legislação penal e processual comum.

Em outro exemplo, imaginemos que o agente infiltrado não provoca a prática delituosa, mas implicitamente a facilita. O infiltrado não instigou o crime, porém, diante das informações por ele obtidas, a equipe investigativa optou por retardar o flagrante e deixando os criminosos aparentemente livres. A facilitação ou o retardamento das ações policiais podem ser classificadas como provocativas?

Entende o Supremo Tribunal de Justiça que não¹⁹². A presença do agente infiltrado não resultou em nenhuma relevância para o anelo criminoso. Sem ele, os crimes ocorreriam nas mesmas condições em que se desenvolveram.

¹⁹¹ MEIREIS, Manuel Augusto Alves, Regime de provas obtidas pelo agente provocador em processo penal, 1999, p. 156.

¹⁹² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 048877, Relator ARAUJO DOS ANJOS, 16/05/1996, “I - Tendo o recorrente tomado a iniciativa de efetuar e participar na operação de desembarque de haxixe na costa portuguesa, sem conhecimento da P.J. nem autorização do Instituto Nacional de Farmácia e do Medicamento, colocou-se imediatamente fora da lei, com o designio de realizar um ato por ela punido: o crime previsto e punido pelo artigo 21 n. 1 do Decreto-Lei 15/93 de 22 de Janeiro. II - Como a P.J. interveio numa altura em que aquele arguido tinha já formulado e posto em marcha o seu plano de efetuar a importação da droga e de a desembarcar na costa portuguesa, infiltrando-se na operação e facilitando o seu andamento com o fim manifesto de efetuar a apreensão de uma notável quantidade de haxixe e de investigar, identificar e capturar os respectivos traficantes, tal comportamento não coincide nem sequer se aproxima da figura de ‘agente provocador’. III - O agente provocador é o autor moral de uma tentativa de crime, não querendo, porém, a sua consumação. IV - A descrita actuação da P.J. não preenche qualquer dos métodos proibidos de prova contemplados nos artigos 32 e 34 da C.R.P. e no artigo 126 do C.P.P.V - Sem prejuízo da proibição da ‘reformatio in pejus’, o Tribunal superior não está sujeito à qualificação dos factos que lhe chega da primeira instância, mantendo-se, porém, as penas aplicadas, por ausência de recurso do Ministério Público nesse sentido”.

Nem toda provocação possui relevância penal. Por exemplo, se o agente A, então “membro” da organização criminosa instiga o transporte da droga de Lisboa para Coimbra, esse fato se observado desconexo com o contexto, concordaríamos com a punição do agente pela provocação ao crime. Mas, se os arguidos, estivesse acabado de transportar a droga de Espanha para Portugal e a equipe investigativa tivesse todo o material probatório dos fatos. O transporte local do produto ilícito, em nada impediria a condenação pelo tráfico¹⁹³.

Passemos analisar agora a hipótese de ausência de ocultação da identidade. Se assim ocorrer, o infiltrado, não estará sob o regime das ações encobertas¹⁹⁴. Pois, a ocultação da identidade é um requisito previsto no artigo 1.2, Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto¹⁹⁵. Se o arguido ou o suspeito identificar os agentes como polícias, não poderá nem de longe correlacionar as implicações jurídicas do fato com as normas fiscalizadoras da investigação criminal por meio de ações encobertas. A autoridade de segurança possui a obrigação legal de atuar de acordo com a lei¹⁹⁶, sendo portanto, mais do que esperado que ele busque a aplicação plena da norma.

¹⁹³ TRL, processo n.º 182/09.6JELSB.L1-5, Relator NUNO GOMES DA SILVA, 22/03/2011.

¹⁹⁴ STJ, processo n.º 07P1776, Relator CARMONA DA MOTA, 05/07/2007: “XV - Se A espera de B uma entrega de droga ilícita e se B, quando se prepara para fazer essa entrega, é interceptado pela PJ, que, obtendo a sua anuência com vista à confirmação da identidade do destinatário, o leva a entregar a A um sucedâneo da droga apreendida, não se vê que tal «entrega controlada» ofenda a integridade moral deste, pois que B, não ocultando a sua identidade e a sua qualidade de intermediário da droga que A aguardava, lhe entregou, à vista de agentes da PJ, não a droga esperada mas um sucedâneo inócuo. XVI - Repare-se, de resto, que este expediente não procurou colocar A na situação de receber «drogas ilícitas» (que, por interceptação da PJ, não chegou a receber), mas visou, simplesmente, confirmar a revelação de B sobre a identidade do destinatário da droga com que, em trânsito, foi surpreendido. XVII - Na apontada situação, a ação que a PJ desenvolveu, contra o arguido A, através do co-arguido B, não envolveu uma verdadeira «ação encoberta», pois que este, atuando embora «sob o controlo da Polícia Judiciária», não o fez «com ocultação da sua identidade» - cf. art. 1.º, n.º 2, da Lei 101/01”.

¹⁹⁵ Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, artigo 1.º Objeto, “1 - A presente lei estabelece o regime das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal. 2 - Consideram-se ações encobertas aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro atuando sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade”.

¹⁹⁶ TRC, processo n.º 173/11.7GAMMV.C1, Relator PAULO GUERRA, 07/03/2012, “o agente provocador convence outrem à prática do crime, determina-lhe a vontade para o ato ilícito, constituindo um ‘meio enganoso’ de obtenção de prova (...)”, porém, o arguido “tinha perfeita consciência de que aquelas pessoas eram agentes da

Em outro exemplo, a mídia social portuguesa noticiou um fato relevante para nossa discussão¹⁹⁷. O agente da PSP atuando como infiltrado juntamente com mais três indivíduos “assaltaram e sequestraram o dono e dois clientes de uma armazém de roupa, situado em Gualtar, Braga”.

O agente não limitou recolher provas ou ao testemunho do crime, contudo, juntamente com os criminosos executaram os delitos pretendidos. Assim sendo, os criminosos não serão absolvidos porque não foram instigados pelo agente e o infiltrado não gozará de impunibilidade, pois, agiu manifestadamente de modo diverso aos limites da ação encoberta.

Em outra situação, imaginemos que o investigado A em seu meio social é amplamente ligado ao tráfico de estupefacientes. Pode o agente ser considerado como provocador por sugerir a prática de ato costumeiramente praticado pelo investigado?

Nesse exemplo houve uma sugestão para o crime, mas não estamos referindo a alguém cuja pureza seria incapaz de praticá-lo. Nesta situação a pessoa pratica o referido ato diariamente independente de proposta do agente que, portanto, em nada contribuiu para pratica do delito.

Se verificada que a sugestão não possuiu qualquer relevância, poderia o agente ser punido e as provas consideradas ilícitas? Responde o Supremo Tribunal de Justiça que não. A formação do crime não se iniciou pela sugestão do agente, mas, já assim o era desde tempos¹⁹⁸. todavia, se relevante, a conduta do agente seria punível¹⁹⁹.

“A provocação, não se podendo conceber como forma de realização da justiça, também não poderá ser vista como uma forma de prevenção da criminalidade. Entre estas formas de prevenção poderemos encontrar o agente infiltrado, os informadores, etc., mas não os provocadores; estes na realidade não previnem o crime antes o desencadeiam e suscitam. Nestes

autoridade e que, caso o teste revelasse uma taxa de alcoolemia superior à legalmente admitida, os mesmos teriam de actuar de acordo com a lei’.”

¹⁹⁷ <https://www.cmjornal.pt/portugal/detalhe/prova-ilegal-absolve-agente-da-psp-ladrao>, acesso em 22/01/2019, as 11hs.

¹⁹⁸ Ac. STJ, processo n.º 02P2118, Relator PIRES SALPICO, 30/10/2002: Uma pessoa que, colaborando espontânea, voluntária e desinteressadamente com a P.S.P, por sugestão desta, encomenda uma determinada quantidade de droga ao arguido - que no seu meio social já constava estar ligado ao tráfico de estupefacientes e que satisfaz tal encomenda com grande rapidez - não pode ser havida como agente provocador ou infiltrado”.

¹⁹⁹ Ac. STJ, processo n.º 96P870, Relator RIBEIRO COELHO, 15/01/1997.

termos, qualquer que seja o tipo de criminalidade em causa nunca caberá nas atribuições do Estado a provocação do crime como forma de o combater, exige-se do Estado que persiga o crime e não o homem”²⁰⁰.

Os limites que distinguem a atuação encoberta e a provocação estão definidos de maneira tênue, afirma Germano Marques da Silva²⁰¹, que este recurso de investigação exige “muita da prudência dos juízes que têm as formações mais diversas. É grande a margem entre a prudência do julgador”.

Maria Fernanda Palma, leva-nos a concluir: “o que é inaceitável na figura do agente provocador é o fato de, sem ele, o crime não se verificar naquelas condições de tempo, lugar e modo. Ao agente provocador não falta a intenção de praticar o crime, pelo menos na forma tentada. O seu dolo não é afastado pelo fato de, em última análise, pretender a punição do delinquente que é autor material do crime. (...). Ele é apenas o elo fungível de um processo que conduziria inevitavelmente ao crime, podendo até evitar que ele tenha êxito em casos muito graves e em que a polícia se confronta com uma intrincada e inexpugnável organização criminosa. A fronteira entre agente encoberto e agente provocador pode parecer tênue, mas é inultrapassável”²⁰².

²⁰⁰ MEIREIS, Manuel Augusto Alves, Regime de provas obtidas pelo agente provocador em processo penal, 1999, p. 240-241.

²⁰¹ SILVA, Germano Marques da, citado por Manuel Monteiro Guedes Valente, 2009, p. 399.

²⁰² PALMA, Maria Fernanda, <https://www.cmjornal.pt/opiniaao/colunistas/fernanda-palma/detalhe/agente-provocador>, acesso em 22/01/2019, as 10hs: “O que esta figura representa é uma sobreposição “esquizofrénica” da eficácia da investigação aos valores do Estado de Direito e à proteção da própria vítima. O agente provocador é, segundo a nossa tradição jurídica, um verdadeiro autor moral e perverte a função constitucional de defesa da legalidade democrática atribuída à polícia. Todos sabemos isso. Sobre, porém, uma pergunta: a polícia não poderá utilizar técnicas de atração de criminosos difíceis de apanhar e altamente perigosos? A resposta é positiva: a nossa lei admite as ações encobertas para a prevenção e investigação criminal. Um investigador ou um terceiro que atue sob o controlo da PJ podem, assim, introduzir-se em organizações criminosas. As ações encobertas são admissíveis em relação a um conjunto de crimes graves que inclui, entre outros, o homicídio, o sequestro, a violação, a corrupção, o tráfico de influências, o terrorismo e os tráficos de pessoas, de droga e de veículos. São promovidas, autorizadas ou conhecidas pelo MP e pelo juiz e obedecem a critérios de adequação e proporcionalidade”.

4. Prova Penal

4.1 Considerações gerais

“Alguns autores argumentam que não é admissível a prática de crimes pelo agente infiltrado, dado que existe o perigo de tais crimes serem cometidos sem que o seu cometimento fosse necessário, e, não esgotando a criminalidade organizada a sua atividade criminoso na prática de crimes de pequena gravidade, o agente infiltrado teria a possibilidade de participar no cometimento de crimes graves, sendo que não é admissível que, no âmbito de um Estado de Direito, as autoridades possam cometer crimes que, se fossem cometidos por qualquer cidadão comum, este seria punido. Entre nós, o legislador, entendendo que, em determinados casos, será admissível que o agente infiltrado possa cometer crimes no âmbito da ação encoberta sem incorrer em responsabilidade criminal, prescreve, no art. 6.º, n.º 1, da Lei n.º 101/2001, que não será punível a conduta do agente infiltrado que, no âmbito de uma ação encoberta, configure a prática de atos preparatórios ou de execução de uma infração em qualquer forma de comparticipação diversa da autoria mediata e da instigação, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da ação encoberta”²⁰³. Assim ocorre também, quanto aos crimes de perigo abstrato onde a tentativa dificilmente seria configurável.

Diante da indispensabilidade da infiltração de agentes em casos especiais, concordamos que o agente infiltrado é “um mal necessário”²⁰⁴. Analisamos anteriormente as implicações penais teóricas e práticas da sua conduta como autor de fato punível. Passaremos a estudar agora as consequências processuais de seus atos.

Imaginemos que o agente cometa o fato criminoso X. O mesmo fato deve ser minuciosamente analisado sob duas óticas não independentes, mas autônomas. Uma coisa é o

²⁰³ Nunes, Duarte Alberto Rodrigues, O problema da admissibilidade dos métodos "ocultos" de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada : contributo para uma adequação do direito português às exigências de uma resposta eficaz à criminalidade organizada em matéria de utilização de métodos "ocultos" de investigação criminal - Tese de doutoramento, Direito (Ciências Jurídico-Criminais), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2016, p. 534-535.

²⁰⁴ LIMA, SÔNIA SILVA BRITO, O Agente Infiltrado O Problema da Legitimidade no Processo Penal do Estado de Direito e na Experiência Brasileira, Almedina, 2016, p. 347

debate se o agente deve ser punido pelo fato X, outra refere-se a validade das provas obtidas neste fato. A discussão penal e material deve ser feita de modo separado.

Haverá situações em que o agente será punido e a prova será válida. Mas em outras, ele gozará de impunibilidade e as provas obtidas não serão úteis ao processo. Como isso ocorre e em quais circunstâncias?

Para respondermos este questionamento, precisamos explicar alguns princípios basilares do processo penal e da prova. O sistema processual visa garantir o exercício efetivo das garantias constitucionais previstas²⁰⁵, isto é, o cumprimento de direitos.

No Estado de Direito não é razoável pensar que as forças de segurança sob a alegação de buscar a proteção dos cidadãos exerçam o seu papel constitucional por meio de métodos ilícitos. Entretanto, conforme exposto, haverá momentos que poderá o agente infiltrado agir de forma ilícita. Ainda assim, mesmo que haja o afastamento da ilicitude, exclusão da punibilidade ou uma causa de desculpa âmbito do Direito Material, os requisitos para validade no Processo Penal serão analisados de modo diverso. Nesse momento nortearíamos o nosso estudo sob a ótica da validade da prova.

4.2 Conceito

O agente infiltrado poderá atuar como meio de obtenção da prova ou como meio de prova²⁰⁶. Contudo, para respondermos as questões sobre a validade da prova, precisamos conceituar o que é prova, em segunda etapa, analisaremos os limites para que ela seja considerada válida no processo.

A prova penal poderá ser conceituada “como sendo o instrumento de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa”²⁰⁷.

Destaca Guilherme Souza Nucci, que a prova possui três objetos basilares, isto é, ato de provar, onde verifica-se a veracidade do alegado; meio de prova, ou seja, o instrumento

²⁰⁵ MÉNDEZ, Francisco Ramos, *El Sistema Procesal Español*, J. M. Bosch Editor, 1992, p. 105.

²⁰⁶ Sobre meio de obtenção da prova e meio de prova no Processo Penal vide: *Direito Processual Penal*, ANTUNES, Maria João, Almedina, 2018, p. 114-133.

²⁰⁷ RANGEL, Paulo, *Direito Processual Penal*, Editora Lumen Juris, 2011, p. 453.

para confirmação do alegado; e o resultado da prova, desenvolvido pela análise dos minuciosa dos meios apresentados²⁰⁸.

“Nesse sentido, a investigação criminal pode recorrer a formas não taxativas e a meios atípicos na produção de prova, desde que tenham idoneidade e capacidade probatória, sejam conformes com o regime geral de produção de prova previsto no CPP e não ofendam direitos e garantias fundamentais, dos cidadãos”²⁰⁹.

A prova penal poderá ser classificada também como “o esforço metódico através do qual são demonstrados os fatos relevantes para existência do crime, a punibilidade do arguido e a determinação da pena ou medida de segurança aplicáveis”²¹⁰.

Explica João Mendes²¹¹ que “a prova, é o pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação através do processo no espírito do julgador da convicção que certa alegação singular é justificadamente aceitável como fundamento da mesma decisão”. Seu objeto são “os fatos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis”²¹².

4.3 Verdade material e limites

Após termos a definição de prova passaremos a estudar sobre os limites a serem observados para que a prova seja processualmente útil, para então, verificarmos a linha tênue entre os fatos e a lei processual.

“O Estado, como titular que é do *ius puniendi*, está interessado em que os culpados de atos criminosos sejam punidos; só tem, porém, interesse em punir os verdadeiros

²⁰⁸ NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Processo Penal e Execução Penal, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 388.

²⁰⁹ BRAZ, José, Ciência, tecnologia e investigação criminal, Almedina, 2015, p. 386.

²¹⁰ MENDES, Paulo de Souza, As proibições de prova no processo penal, Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Almedina, 2004, p. 132.

²¹¹ MENDES, João de Castro, Do conceito de prova em processo civil, Ática, 1961, p. 741.

²¹² Código de Processo Penal português, artigo 124.º, Objecto da prova 1 - Constituem objecto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis. 2 - Se tiver lugar pedido civil, constituem igualmente objecto da prova os factos relevantes para a determinação da responsabilidade civil.

culpados: *satius esse nocetem absolvi innocentem damnari* – sentenciavam os latinos”²¹³. “O Estado está, por isso, igualmente interessado em garantir aos indivíduos a sua liberdade contra o perigo de injustiças. Está interessado, desde logo, em defendê-los «contra agressões excessivas da atividade encarregada de realizar a justiça penal» (cf. Eduardo Correia, «*Les preuves en droit pénal portugais*», in Revista de Direito e de Estudos Sociais, ano XIV, 1967, p. 8)”²¹⁴.

“Existe um dever ético e jurídico de procurar a verdade material. Mas também existe um outro dever ético e jurídico que leva a excluir a possibilidade de empregar certos meios na investigação criminal”²¹⁵.

“A verdade material não pode conseguir-se a qualquer preço: há limites decorrentes do respeito pela integridade moral e física das pessoas; há limites impostos pela inviolabilidade da vida privada, do domicílio, da correspondência e das telecomunicações, que só nas condições previstas na lei podem ser transpostos. E existem também regras de lealdade que têm de ser observadas”²¹⁶.

As proibições ou limitações à obtenção da prova pretendem assegurar a proteção dos direitos fundamentais. Assim, “constituem verdadeiros limites, obstáculos à descoberta da verdade, à determinação dos fatos que constituem objeto do processo, arrastando em regra, a proibição de valoração da prova”²¹⁷.

O ordenamento jurídico processual brasileiro distingue o conceito de provas proibidas entre ilícitas e ilegítimas²¹⁸.

Para Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto as provas ilegítimas atentam contra normas processuais penais e as prova ilícitas contra os princípios constitucionais²¹⁹.

²¹³ Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 274/2007, processo n.º 360/07, Relator Conselheiro Benjamim Rodrigues.

²¹⁴ Decisão citada, TC 274/2007.

²¹⁵ Decisão citada, TC 274/2007.

²¹⁶ Decisão citada, TC 274/2007.

²¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, “La protection des droits de l’Homme dans la procédure penal portugaise”, Boletim do M.º da Justiça n.º 291, p. 184, Lisboa, 1979; citado por BRAZ, José, Ciência, tecnologia e investigação criminal, Almedina, 2015, p. 393.

²¹⁸ SILVA, Márcio Alberto Gomes, Inquérito Policial, Editora JusPodivm, 2018, p. 31, “vedação das provas ilícitas: as provas que atendem contra direitos materiais (provas ilícitas) e as que ataquem regras processuais (provas ilegítimas) devem ser expurgada do processo. Tem guarida constitucional no artigo 5º, LVI, da CF. Este dispositivo foi regulamentado pelo Código de processo Penal no artigo 157”.

A inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito é um dos pilares processuais do Estado de Direito, portanto, sua validação se dá em situações excepcionais e sob minuciosa análise do caso do concreto, junto as normas jurídicas. Por exemplo, a hipótese utilização de um civil ou de algum agente de polícia que não possui competência precípua de investigação, configuraria prova ilícita²²⁰.

“A prova ilícita por derivação é uma prova que, em si mesma, é lícita, mas que somente foi obtida por intermédio de informações ou elementos decorrentes de uma prova ilicitamente obtida. Por exemplo, encontra-se um cadáver em cumprimento a um mandado de busca domiciliar (prova em si lícita), mas a informação do local em que o cadáver estava foi obtida por meio de uma confissão mediante tortura”²²¹.

O agente infiltrado a pedido do Estado será introduzido no submundo criminoso, seja como um suposto interessado em drogas, armas, prostitutas e outros, mas deve limitar suas ações estritamente àquelas inerentes a recolha de da prova²²².

Se o agente agir de modo provocativo, instigando terceiro a praticar crimes a prova colhida será inadmissível. Pois, o agente não pode favorecer o crime que pretende punir.

A constituição portuguesa prevê no artigo 32, n.º 8, que “são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”, ou seja, são absolutamente proibidas. Já àquelas relativamente proibidas estão elencadas nos artigos 26 e 34, da constituição.

Suponhamos que durante a operação policial, de acordo com a estratégia determinada pela inteligência, o agente infiltrado fotografe as ações de um dos líderes ou dos demais integrantes da organização criminosa alvo da investigação. Neste exemplo, todas as imagens foram obtidas sem o consentimento dos investigados. Será que a ausência de consentimento poderia invalidar a prova? A depender da análise do caso concreto sim.

²¹⁹ CUNHA, Rogério Sanches, PINTO, Ronaldo Batista, Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados, Editora JusPodivm, 2018, p. 417. Posicionamento divergente vide: Paulo Henrique Aranda Fuller, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, Angela C. Cangiano Machado, Processo Penal, 2012, p. 144; e, Capez, Fernando, obra citada, p. 363 e 364.

²²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de, Legislação Especial Criminal Comentada, 4ª edição, p. 566.

²²¹ BADARÓ, Gustavo, Processo Penal, 2014, Campus Jurídico, P. 289

²²² Vide Manuel da Costa Andrade, Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, 1992, p. 220.

O Tribunal da Relação de Lisboa entende que quando se tratar de crimes de maior gravidade, como tráfico de estupefacientes e outros, a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro²²³, estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, previu no artigo 6º que mediante previa autorização judicial, o registo de voz e de imagem é admissível por qualquer meio, mesmo sem consentimento do visado²²⁴.

Se a prova for proibida, isto é, nula, deverá ser inutilizada no processo, a falta de legitimidade impossibilita a utilização da prova, segue esse entendimento o Tribunal da Relação de Évora, valendo-se da teoria da árvore venenosa²²⁵.

A verdade útil no Direito é a verdade processualmente válida²²⁶. Não basta apenas trazer a verdade ao processo, ela precisa ser juridicamente válida, caso contrário todo o material colhido na investigação seria de pouco ou nenhum valor. A legitimidade da prova é tão importante quanto a sua existência.

O Estado de Direito estabelece a limitação ao conhecimento da verdade. A busca pela verdade é fundamental, todavia, não a “todo custo”. Conforme destaca Figueiredo Dias a verdade que se procura é a verdade prático-jurídica.

²²³ Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, “artigo 6.º Registo de voz e de imagem 1 - É admissível, quando necessário para a investigação de crimes referidos no artigo 1.º, o registo de voz e de imagem, por qualquer meio, sem consentimento do visado. 2 - A produção destes registos depende de prévia autorização ou ordem do juiz, consoante os casos”.

²²⁴ Processo 42/08.PJAMD.L1-5, Relator: Pedro Martins, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa: “Diz este artigo que “é admissível, quando necessário para a investigação de crimes referidos no art. 1, o registo de voz e de imagem, por qualquer meio, sem consentimento do visado”. Os crimes previstos no art. 1/1, na parte que interessa aos autos, são, al. a), os de tráfico de estupefacientes, nos termos dos artigos 21 a 23 e 28 do Dec. Lei 15/93, de 22/01. Estes meios de prova não são pois admissíveis para os crimes do art. 25 do Dec. Lei 15/93. O que tem justificação no facto de este crime de tráfico de droga de menor gravidade não ser (tal como resulta do art. 51 do Dec. Lei 15/93) equiparado a casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada.”

²²⁵ Processo 15/10.0JAGR.D2, Relator: Ana Bacelar Cruz, Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, “Recuperando a imagem da árvore venenosa e dos seus frutos, não resta senão concluir que os “frutos” [todas as diligências subsequentes às primeiras escutas telefónicas ordenadas nos autos] não teriam existido se a “árvore envenenada” [primeiras escutas telefónicas ordenadas nos autos] não tivesse sido “plantada”. Razão porque tais “frutos” não podem deixar de ser atingidos pelo “veneno” da “árvore”, não sendo válidos como meios de prova.”

²²⁶ SILVA, Germano Marques da, Curso de Processo Penal, Volume II, 2008, p. 130.

Portanto, a legítima busca pela descoberta da verdade se dará tão somente dentro dos limites legais nos termos do Código Penal e Processual Penal²²⁷. “Ainda que dessa limitação possa resultar algumas vezes o sacrifício da verdade”²²⁸.

No Processo Penal “está em causa, não a ‘verdade formal’, mas a ‘verdade material’, que há-de ser tomada em duplo sentido: no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo ‘absoluta’ ou ‘ontológica’, há-de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço mas processualmente válida²²⁹”.

4.4 Validade da prova na fase pré-acusatória

Poderia algum individuo ser investigado sem nenhuma intimação prévia? Estamos diante de violação de direitos e garantias fundamentais e inadmissibilidade da prova no processo? Qual criminoso a fim de não ser condenado cometeria crimes na presença do investigador devidamente munido de instrumentos para assegurar a obtenção da prova? Obviamente nenhum. Nada valeria ao poder público um falhado meio de investigação.

Conforme estudamos, a autorização judiciária é um requisito para validação da operação de infiltração. Não desconsiderando as implicações dos atos cautelares, destacamos que os Órgãos de Polícia Criminal, devem agir sob a fiscalização do MP, portanto, no abrigo da dependência funcional prevista em lei²³⁰.

Todo o acusado deve ser tratado como se inocente o fosse. Esse é um direito basilar do processo penal emanado da Constituição e consagrado pela jurisprudência constitucional²³¹.

²²⁷ DE MAGLIE, Cristina, Gli infiltrati nelle organizzazioni criminali: due ipotesi di impunità, Rivista italiana di diritto e procedura penale, Milano, Nuova serie a.36 n.3 (Luglio-Settembre 1993), p. 1071.

²²⁸ SILVA, Germano Marques da, Curso de Processo Penal, Volume I, 6ª edição, p. 101.

²²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Processual Penal, 2004, Coimbra, p. 192 e 193

²³⁰ DIAS, Augusto Silva; PEREIRA, Rui Soares, Sobre a Validade de Procedimentos Administrativos Prévia ao Inquérito e de Fases Administrativas Preliminares no Processo Penal, Almedina, 2018, p. 15-19.
Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro, Coimbra Editora, 2008, p. 154-155.

²³¹ MÉNDEZ, Francisco Ramos, El Proceso Penal Lectura constitucional, Bosch, 1988, p. 14.

Um processo penal desprovido de investigação preliminar será um processo irracional, portanto, inadmissível²³². O Tribunal Constitucional se pronunciou sobre esse tema por meio do Acórdão n.º 70/2008, processo n.º 1.015/07, Relator Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Desse modo, “como logo se antevê, o sistema acusatório não é incompatível com a existência de uma fase de investigação pré-acusatória. O que sucede é que a atividades de investigação devem ser justificadas pela procura da verdade (e por isso as diligências a realizar poderão destinar-se a corroborar ou infirmar a suspeita de prática de crime) e estão submetidas a um dever de lealdade, que impede a utilização de meios de prova não legalmente admissíveis ou com preterição do formalismo legalmente estabelecido (JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, ob. cit., pág. 359)”.

“É justamente essa fase processual que é preenchida pelo inquérito, que a lei define como o «conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher provas, em ordem à decisão da acusação» (artigo 262º do CPP)”²³³. “Por outro lado, o inquérito encontra-se subordinado a um princípio do inquisitório no sentido de que está sujeito ao segredo de justiça e é dominado por uma forte vertente de unilateralidade (artigos 263º e 267º do CPP). Isso porque as diligências de investigação a praticar no seu decurso são apenas aquelas que o Ministério Público considerar necessárias e convenientes para a descoberta da verdade, enquanto que o direito do arguido²³⁴ de nele intervir, oferecendo provas e requerendo as diligências que julgue necessárias (como prevê o artigo 61º, n.º 1, alínea f), do CPP) tem um escasso alcance prático, em razão do desconhecimento do estágio de investigação e dos elementos de indiciação entretanto recolhidos (neste sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, Curso de Processo Penal, vol. III, 2ª edição, Lisboa, págs. 91 e 100)”²³⁵.

²³² LOPES JUNIOR, Aury, Direito Processual Penal, Saraiva, 2014, p. 250.

²³³ TC 70/2008.

²³⁴ “Arguido é o suspeito contra o qual já corre um processo e que foi constituído como tal, oficiosamente ou a seu pedido, que tem estatuto próprio, de que fazem parte direitos e deveres diferentes dos que recaem sobre os meros suspeitos e sobre os outros participantes processuais. O momento em que geralmente se verifica a constituição de arguido é aquando da prestação de declarações nessa qualidade perante uma autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal”, EIRAS, Henriques, Processo Penal. Quid Juris Sociedade Editora, 2004, p. 26.

²³⁵ TC 70/2008.

“Assim se compreende que a estrutura acusatória do processo, tal como está consagrada na Constituição, tenha sobretudo o significado de efetuar a parificação do posicionamento jurídico da defesa em relação à acusação, assegurando a aplicação do princípio da igualdade de armas mediante a possibilidade conferida ao arguido (e ao seu defensor), não só de participar no esclarecimento dos factos na fase de instrução, como também de intervir ativamente na preparação e discussão da causa, com liberdade de investigação extraprocessual”²³⁶.

O testemunho do agente infiltrado poderá ser utilizado como prova. O Supremo Tribunal Federal se pronunciou sobre essa discussão²³⁷, não especificamente envolvendo infiltração de agentes, mas onde o arguido contestava sua condenação alegando esta ser sido fundamentada estritamente nos depoimentos dos policiais. A Corte “firmou o entendimento que no sentido de que não há irregularidade no fato de, na fase judicial, os policiais que participaram das diligências serem ouvidos como testemunhas”. Ademais, a sentença estava em conformidade com elementos comprovados no processo, logo, não alicerçada exclusivamente do depoimento dos policiais, e sim às provas apresentadas.

4.5 Proibições de prova e a descoberta inevitável

Fernando Gonçalves e Manuel João Alves defendem que “o artigo 126º, n.º 3, dispõe que, ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão nas telecomunicações, a não ser com o fim exclusivo de proceder criminalmente contra os respectivos agentes, se tais métodos de obtenção de provas constituírem crimes (art.126º, n.º 4). (..) Porém enquanto medida cautelar, estabelece o artigo 252-A que, as autoridades judiciárias e as autoridades de polícia criminal podem obter dados sobre a localização celular quando forem necessários para afastar perigo para a vida ou de ofensa à integridade física grave (n.º 1)”²³⁸.

²³⁶ TC 70/2008.

²³⁷ STF - HC: 120983 SP, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 11/02/2014, Data de Publicação: DJe-030 DIVULG 12/02/2014 PUBLIC 13/02/2014.

²³⁸ GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, Crime. Medidas de Coação e Prova, 2015, Almedina, p. 344-346.

Imaginemos que o agente infiltrado mediante violação do telemóvel obtivesse a localização celular do investigado A, contudo, sem autorização judiciária e sem o consentimento deste, a prova seria ilícita. A utilização da prova poderia dar-se no preenchimento dos requisitos descritos no 252-A, do CPP, por exemplo, quando para afastar algum perigo para a vida e que seja comunicado ao juiz no prazo máximo de 48H.

“As proibições de prova acautelam vícios substanciais, encontrando-se num plano de admissibilidade, enquanto as nulidades salvaguardam vícios formais, que estão num plano da validade”²³⁹. Posto isso, poderíamos considerar como válida a prova que não seja possível de ser submetida plenamente ao direito do contraditório?

“Parece-nos claro que a lei ao prever a possibilidade de depoimento indireto por parte dos agentes infiltrados está a condicionar fortemente o direito de defesa do arguido, especialmente quando se analisa essa solução legal em articulação com a possibilidade de depoimento em condições de anonimato”. Entretanto, “é de saudar que a lei preveja que o depoimento anônimo do agente infiltrado careça de corroboração por parte de outros meios de prova para fundar uma decisão judicial condenatória”²⁴⁰.

A Constituição da República Portuguesa prevê como “nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”²⁴¹.

O artigo 125.º do Código de Processo Penal normatiza a admissibilidade das provas que não forem proibidas pela lei. Todavia, o artigo 126.º assegura que “as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas”, serão nulas, não podendo ser utilizadas no processo. Em casos especiais a invalidade processual da prova permanecerá mesmo se obtida mediante o consentimento do arguido.

Seguindo o entendimento do Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade sobre as proibições de prova em Processo Penal, as provas obtidas por meio da infiltração de agentes, por

²³⁹ OLIVEIRA, Luís Pedro Martins de, Prova Criminal e Direito de defesa, Almedina, Da Autonomia do regime das proibições de prova, 2016, p. 289.

²⁴⁰ PEREIRA, Sandra, Da Autonomia do regime das proibições de prova, Prova Criminal e Direito de defesa, A recolha de prova por agente infiltrado, , Almedina, 2016, p. 159.

²⁴¹ CRP, Artigo 32.º (Garantias de processo criminal), 28. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

causa da sua diferenciação, relevância e complexidade, a heterogeneidade dos métodos de obtenção de prova podem ser classificadas como proibidas de forma absoluta ou não.

Imaginemos a hipótese onde o agente suspeita que o indivíduo X pratica diversos atos ilícitos, mas, o agente ainda não obteve nenhuma prova além do seu próprio testemunho. Seria processualmente aceitável no Estado de Direito que os investigadores preparem todos os instrumentos necessários para o flagrante e provoquem o crime?

Podemos considerar a obtenção de provas inválidas ao processo como “uma inutilidade a todos os níveis (econômicos e humanos)”²⁴², pois, a investigação criminal tem o propósito determinar a existência do crime, o criminoso e a responsabilidade a ele incidida. Se impossível a imputação de responsabilidade ou de comprovação da inocência, a conduta do agente será processualmente inútil.

Segundo a jurisprudência²⁴³, “no flagrante preparado, a polícia provoca o agente a praticar o delito e, ao mesmo tempo, impede a sua consumação, cuidando-se, assim, de crime impossível, ao passo que no flagrante forjado a conduta do agente é criada pela polícia, tratando-se de fato atípico”.

Todavia, o não podemos confundir com o flagrante preparado com o esperado, válido no ordenamento jurídico, “no qual a polícia tem notícias de que uma infração penal será cometida e aguarda o momento de sua consumação para executar a prisão”²⁴⁴.

²⁴² Ac. TRC (Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra), processo 3664/09.6TACBR.C1, Relatora ALICE SANTOS, 16-03-2011: “I. O inquérito tem como finalidade investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas em ordem à decisão sobre a acusação. II. Se os factos que são participados por si só não constituem crime, ou seja, não há qualquer dúvida de que não configuram um crime (p. ex crime amnistiado, direito de queixa já caducou) pôr a máquina judicial a funcionar, a trabalhar, para de seguida determinar o arquivamento é uma inutilidade a todos os níveis (humanos e económicos). III. Se, porém, estamos perante factos que nos oferecem dúvidas pela sua complexidade, pelos valores em causa, pelos contornos da situação que não são tão simples como se desenham na denúncia e pela abundante prova que há a investigar, significa que estão reunidos todos os pressupostos do dever de investigar a começar pelo interrogatório do arguido. IV. Em tal caso, se o MP profere despacho de arquivamento sem proceder a qualquer diligência, comete-se a nulidade insanável de falta de inquérito previsto no artº 119, al d) do CPP”.

²⁴³ Superior Tribunal de Justiça (Br), processo n.º RHC 103456 / PR, RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2018/0253602-1, Relator Ministro JORGE MUSSI, T5 - QUINTA TURMA, 06/11/2018.

²⁴⁴ Superior Tribunal de Justiça (Br.), processo n.º AgRg no HC 438565 / SP, AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, T5 - QUINTA TURMA, 19/06/2018.

Esse mesmo princípio é aplicado na entrega controlada. Após a consumação do crime a equipe policial espera identificação dos criminosos e sua responsabilização criminal para então executar a prisão.

O Supremo Tribunal de Justiça entendeu que se o agente polícia meramente perguntar a um suspeito se ele tinha “drogas para ele”, contudo, sem a insistência que formaria a pretensão criminosa, não comete ato ilícito, pois a ação em causa não determinou à prática de qualquer crime²⁴⁵.

Suponhamos que o agente referido estivesse atuando como infiltrado e após receber em mãos certa quantia de droga, a consume ilicitamente²⁴⁶. O fato de consumir drogas, sem duvida alguma está fora dos limites da infiltração, contudo, as provas, por exemplo, imagens²⁴⁷ obtidas sob a estrita observância legal, perderia seu valor processual? A resposta dependerá da cuidadosa análise da legislação, da sequência e também das condições do fato.

O artigo 119.^o²⁴⁸ do Código de Processo Penal enumera as hipóteses de nulidades insanáveis de modo taxativo. As nulidades apenas poderão ser consideradas insanáveis se a lei

²⁴⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 97P046, Relator PIRES SALPICO, 14/05/1997, “I - É característica de todos os vícios mencionados nas alíneas a) a c) do artigo 410 do CPP, que tais vícios resultem ‘do texto da decisão recorrida, por si só, ou conjugada com as regras da experiência comum’. II - Não é curial pôr em causa a matéria fáctica fixada pelo tribunal colectivo, por não ter conseguido apurar qual o peso da droga contida numa das embalagens vendidas pelo arguido, já que esse pormenor não influiu na justa decisão da causa, por pouco relevante. III - Se um guarda da polícia, abordando o arguido, e perguntando-lhe se ‘tinha para ele’ dizendo o arguido que, ‘naquele momento não tinha, mas que ia a casa buscar’, como foi, trazendo quatro embalagens de heroína, não pode qualificar-se a actuação do referido agente da PSP como sendo ‘agente provocador’ ou ‘agente infiltrado’. IV - É que, o agente policial em causa não determinou o arguido à prática de qualquer crime, antes de ser interpelado por aquele guarda da polícia, já tinha ilicitamente a heroína em sua casa. V - A conduta daquele agente da polícia não configura o uso de meios ‘enganosos’, nos termos do artigo 126, n. 2, alínea a) do CPP, nem foi violado o disposto no artigo 32, n. 6 da Constituição da República Portuguesa”.

²⁴⁶ Sobre o consumo de drogas vide: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, Consumo de Drogas, Almedina, 2014.

²⁴⁷ Sobre imagens captadas por particulares vide: A admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no Processo Penal, Milene Viegas Martins, AAFD, 2014.

²⁴⁸ Código de Processo Penal, artigo 119.º, Nulidades insanáveis, “constituem nulidades insanáveis, que devem ser officiosamente declaradas em qualquer fase do procedimento, além das que como tal forem cominadas em outras disposições legais: a) A falta do número de juízes ou de jurados que devam constituir o tribunal, ou a violação das regras legais relativas ao modo de determinar a respectiva composição; b) A falta de promoção do processo pelo Ministério Público, nos termos do artigo 48.º, bem como a sua ausência a actos relativamente aos quais a lei exigir a

assim o determinar²⁴⁹. Os atos nulos além de serem inúteis ao processo, faz com que sua inutilidade processual seja estendida aos atos subsequentes, salvo exceções. Podendo, as nulidades insanáveis serem invocadas oficiosamente pelo Ministério Público ou a requerimento feito pelo réu, até o trânsito em julgado da decisão²⁵⁰.

Segundo Aury Lopes Jr.²⁵¹ a teoria da prova ilícita a partir da proporcionalidade *pro reo*, permite a utilização das provas, desde que, para defender um réu injustamente acusado, contudo, sendo vedado em desfavor de terceiros.

Ao explicar a teoria da fonte independente, por Renato Brasileiro de Lima²⁵², cita o “caso Murray v. United States, de 1988, após perceberem uma atividade suspeita de tráfico de drogas em uma residência, policiais entraram ilegalmente na casa e confirmaram a suspeita; posteriormente, requereram um mandado judicial para a busca e apreensão indicando apenas as suspeitas e sem mencionar a anterior entrada e, de posse do mandado, entraram novamente na residência e apreenderam as drogas. A Corte entendeu que a prova era válida, pois ainda que os policiais não houvessem realizado a primeira violação, de qualquer forma seria obtido o mandado a justificar a segunda entrada legal, com base nos indícios iniciais”.

E, ao elucidar a teoria da descoberta inevitável cita o “caso Nix v. Williams-Williams II, em 1984: com base em declaração obtida ilegalmente do acusado, a polícia conseguiu localizar o paradeiro do corpo da vítima de homicídio escondido em uma vala à beira de uma estrada. No entanto, apesar de a localização do cadáver só ter sido possível a partir de uma declaração obtida de maneira ilegal, demonstrou-se que, no caso concreto, um grupo de duzentos voluntários já estava procurando pelo cadáver conforme um plano que, inevitavelmente, teria levado à descoberta do local em que o corpo foi encontrado. A Suprema Corte americana

respectiva comparência; c) A ausência do arguido ou do seu defensor, nos casos em que a lei exigir a respectiva comparência; d) A falta de inquérito ou de instrução, nos casos em que a lei determinar a sua obrigatoriedade; e) A violação das regras de competência do tribunal, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 32.º; f) O emprego de forma de processo especial fora dos casos previstos na lei”.

²⁴⁹ GOLÇALVES, Manuel Lopes Maia, Código de Processo Penal, Almedina, 1988, p. 178.

²⁵⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (Ac. STJ), processo n.º 21/07.2SULSB-E.S1, Relator ARMÉNIO SOTTOMAYOR, de 11-02-2010.

²⁵¹ LOPES JUNIOR, Aury, Direito Processual Penal, Saraiva, 2014, p. 628.

²⁵² LIMA, Renato Brasileiro, Manual de Processo Penal, volume único, 6º edição, Editora JusPodivm, 2018, p. 637-640.

entendeu que a teoria dos frutos da árvore envenenada não impediria a admissão de prova derivada de uma violação constitucional, se tal prova teria sido descoberta 'inevitavelmente' por meio de atividades investigatórias lícitas sem qualquer relação com a violação, bem como que a 'descoberta inevitável' não envolve elementos especulativos, mas concentra-se em fatos históricos demonstrados capazes de pronta verificação. Para que a prova fosse admitida, era necessário que a polícia não tivesse atuado de má-fé, com o propósito de acelerar as investigações, fazendo uso de meios ilegais; e que efetivamente a prova não pudesse permanecer oculta".

Portanto, independente da conduta do agente infiltrado ser punível ou não, a prova obtida originariamente por meios ilícitos, poderá ser considerada processualmente válida.

Conclusões

As forças policiais portuguesas são reconhecidas pelo seu trabalho contundente e eficaz em face ao crime organizado e a criminalidade grave em defesa do cidadão não pela onipresença da polícia, contudo, por ser uma força de segurança inteligente.

As questões basilares sobre a atuação do agente infiltrado se dão especialmente quanto aos limites da sua conduta e na probabilidade punição, pois, o Estado de Direito não poderia dar ao seu subordinado um salvo conduto para praticar crimes.

A teoria do duplo efeito nos ajudou a entender que a exclusão da ilicitude não se dá em razão da pretensão criminosa do agente, mas na proteção da vida, ainda que da ação resulte o segundo efeito inevitável e não desejado, a morte no agressor.

Salvo nas hipóteses de afastamento da tipicidade ou exclusão da ilicitude elencadas no Código Penal, concluímos que o ordenamento jurídico português prevê que se o agente guardar a sua conduta dentro dos limites da sua atuação, observando a devida proporcionalidade e a necessidade das suas ações com a finalidade da ação encoberta, limitando-se estritamente à prática ilícita de atos precípuos a investigação (por exemplo, o uso de identidade falsa), aos atos preparatórios ou de execução, ao cometimento de crimes de perigo abstrato onde a tentativa dificilmente seria configurável, desde que, não caracterize autoria mediata ou instigação ao crime, suas ações ainda que ilícitas não serão puníveis. A legislação brasileira preconiza que, o agente gozará de impunibilidade, se nos termos exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Em ambos ordenamentos jurídicos, porém, o excesso será punível.

A legitimidade da prova colhida pelo agente, apesar de ser feita em uma análise autônoma da punibilidade, será contudo, indissociável as implicações do fato cometido. O estudo referente as hipóteses de cabimento para o legítimo uso desse meio extraordinário e as consequências penais da conduta da sua conduta, são de grande importante para o Direito, entretanto, essa especialidade não admite à busca pela verdade de forma absoluta e arbitrária em desrespeito aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

O Estado pode e deve investigar os criminosos, contudo, através dos meios penais e processuais válidos no Estado de Direito. Todavia, as provas obtidas originariamente por meios processuais inválidos, excepcionalmente, por exemplo, quando tratar-se de descoberta inevitável ou de fonte independente, poderão ser consideradas processualmente válidas.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário ao Código Penal, Universidade Católica, 2008, p. 146.
- ALONSO PÉREZ, Francisco, La figura del agente encubierto, Revista de documentación, Madrid, n.9 (Octubre-Diciembre 2002), p. 21.
- ANDRADE, Manuel da Costa, Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, Coimbra, 1992, p. 220-221.
- ANTOLISEI, Francesco, Manuale di Diritto Penale, Giuffrè Editore, Parte Generale, 2000, p. 298-299.
- AQUINO, Santo Tomás de, Summa theologiae, 2-2, q. 64. a. 7.
- ARAÚJO, Fábio Roque, CUNHA, Rogério Sanches, PINTO, Ronaldo Batista Pinto, GOMES, Luiz Flávio, e ALMEIDA, Débora de Souza de, 2017, Terrorismo: aspectos criminológicos, políticos-criminais e comentários à Lei 13.260 de 2016.
- ANTUNES, Maria João, Almedina, Direito Processual Penal, 2018, p. 114-133.
- ÁVILA, Thiago André Pierobom de, Investigação Criminal, O controle Externo de Direção Mediata pelo Ministério Público, Juruá, p. 328.
- AVILÉS, María Del Carmen Barranco, La teoría jurídica de los derechos fundamentales, Dykinson, 2000, 181.
- BADARÓ, Gustavo, Processo Penal, 2014, Campus Jurídico, P. 289
- BARROS, Flávio Monteiro de, citado por Rogério Sanches Cunha, Manual de Direito Penal Parte Geral, volume único, 2016, p. 302.
- BERKHOF, Louis, Teologia Sistemática, 2014, p. 190.
- Bíblia de Estudo de Genebra, 2ª edição, 2009, p. 25, 117, 118, 332, 701 e 1.664.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1, 2009, p. 275 e 383.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César, Comentários à Lei de Organização Criminosa, 2014, p. 182.
- BRAZ, José, Ciência, tecnologia e investigação criminal, Almedina, 2015, p. 386.
- BRAZ, José, Investigação Criminal A organização, o método, e a prova Os Desafios Da Nova Criminalidade, 2009, p. 293.
- BRENE, Cleyson, Ativismo Policial, Editora JusPodivm, 2019, p. 203-204.

- CADOPPI, Alberto e VENEZIANI, Paolo, Elementi di diritto penale, parte generale, Cedam, 2002, p. 223.
- CALVINO, João, As Institutas, volume I, p. 190.
- CAMILO, Roberta Rodrigues, Crime Organizado, 2012, p. 297.
- CAPEZ, Fernando, Curso de Processo Penal, 2012, p. 363 e 364.
- CARRIZO GONZALEZ-CASTELL, Adán, El agente infiltrado en España y Portugal, Criminalidade organizada e criminalidade de massa, Almedina, 2009, p. 215-216.
- CARSON, Comentário Bíblico Vida Nova, 2009.
- CHAMPLIN, Russell Norman, O Antigo Testamento Interpretado, 2001, p. 1068.
- CHAMPLIN, Russell Norman, Enciclopédia de Bíblia Teologia e Filosofia, volume 6, p. 81 e 11.
- CHRISTIE, Agatha O Caso dos Dez Negrinhos, O lobo.
- CONDE, Francisco Muñoz, ARÁN, Mercedes García, Derecho penal: parte generale, 2ª edição, Tirant lo Blanch, 1996, p. 356-359.
- CORREIA, Eduardo, Direito Criminal II, Coimbra, 1993, p. 253.
- COSTA, Eduardo Maia, Ações encobertas : alguns problemas, algumas sugestões, In: Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício, Coimbra Editora, 2014, p. 365.
- CUNHA, Rogério Sanches, Manual de Direito Penal Parte Especial, 2018, p. 121 e 306.
- CUNHA, Rogério Sanches, Manual de Direito Penal Parte Geral, 2018, p. 292.
- CUNHA, Rogério Sanches, Manual de Direito Penal Parte Geral, 2012, p. 69.
- CUNHA, Rogério Sanches, Manual de Direito Penal Parte Geral, 2016, p. 373.
- CUNHA, Rogério Sanches, PINTO, Ronaldo Batista, Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados, Editora JusPodivm, 2018, p. 417.
- CUNHA, Rogério Sanches, PINTO, Ronaldo Batista, Tráfico de Pessoas – Lei 13.344/16 comentada por artigos, 2017.
- DAVIN, João, A Criminalidade Organizada Transnacional, Almedina, 2004, p. 17.
- DIAS, Augusto Silva, Direito das Contra-Ordenações, Almedina, 2019, p. 117.
- DIAS, Augusto Silva, Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Figueiredo Dias, volume I, 2009, Coimbra Editora, p. 217.
- DIAS, Augusto Silva, Almedina, 2016, Crimes Culturalmente Motivados - O Direito Penal ante a 'Estranha Multiplicidade' das Sociedades Contemporâneas, p. 226.

- DIAS, Augusto Silva, Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro, Coimbra Editora, 2008, p. 154-155 e 174-176.
- DIAS, Augusto Silva; PEREIRA, Rui Soares, Sobre a Validade de Procedimentos Administrativos Prévios ao Inquérito e de Fases Administrativas Preliminares no Processo Penal, Almedina, 2018, p. 15-19.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal, Parte Geral, Coimbra, 2004, p. 432.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal, Parte Geral, Coimbra, 2007, p. 152 e 453 – 456.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, “La protection des droits de l’Homme dans la procédure penal portugaise”, Boletim do M.º da Justiça n.º 291, p. 184, Lisboa, 1979; citado por BRAZ, José, Ciência, tecnologia e investigação criminal, Almedina, 2015, p. 393.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Processual Penal, 2004, Coimbra, p. 192 e 193
- EIRAS, Henriques, Processo Penal. Quid Juris Sociedade Editora, 2004, p. 26.
- ERICKSON, Millard J., Teologia Sistemática, 2015, p. 485-503.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da, Atlas do I Colóqui Luso-Italiano sobre a Liberdade Religiosa, Sociedade, Direito, Deus, Almedina, 2014, p.84.
- FRADA, Manuel Carneiro da, Relativismo, Valores, Direito, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 68, II/III, Lisboa, Setembro/Dezembro, 2008, p. 651.
- FRANCO, António de Sousa, Sinais dos Tempos na Realidade Portuguesa – na construção da democracia, Congresso dos Leigos, 1988, p. 63.
- FERNANDES, Luís Fiães, Intelligence e Segurança Interna, 2014, p. 11.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, Lições de Direito Penal, Parte geral, 3º edição, Verbo, p. 133.
- FERREIRA, Vanessa Dias, Problèmes posés par la mise en oeuvre des opérations undercover dans le domaine de la lutte contre la trafic de stupéfiants, Revue de droit pénal et de criminologie, Bruxelles, a. 76 n.5 (mai.1996), p.566-570.
- FOUCAULT, Michel, Vigiar e Punir Nascimento da Prisão, 2017, p. 264.
- FULLER, Paulo Henrique Aranda, JUNQUERIA, Gustavo Octaviano Diniz, MACHADO, Angela C. Cangiano, Processo Penal, 2012, p. 144.
- GLASER, “Zur Lehre vom Dolus des Anstifters”, Der Gerichtssaal 1858, p. 24 e ss., citado por MEIREIS, Manuel Augusto Alves, Regime de provas obtidas pelo agente provocador em processo penal, 1999, p. 23.

GOMES, Canotilho e VITAL Moreira, Constituição da República..., 3ª Edição, 1993, p. 922-923, Coimbra Editora.

GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil I, 2009, p. 93 e 162.

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; Lei e Crime: O agente infiltrado, versus o agente provocador, Ed. Almedina, 2001.

GONZÁLEZ LÓPEZ, Juan José, Infiltración policial en Internet: algunas consideraciones, Revista del poder judicial, Madrid, n.85, 1.trim.2007, p.81-117.

GONÇALVES, Maia, Código de Processo Penal anotado, Coimbra, 2002, p. 522.

GOLÇALVES, Manuel Lopes Maia, Código de Processo Penal, Almedina, 1988, p. 178.

GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, Crime. Medidas de Coação e Prova, 2015, Almedina, p. 344-346.

GOUVEIA, Jorge Bacelar, Almedina, 2005, p. 827.

GUZMÁN FLUJA, Vicente C., La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal, Centro de Estudios Jurídicos, El agente encubierto y las garantías del proceso penal, 2006, p. 224.

Her Majesty's Inspectorate of Constabulary, 1997, p. 1, citado por FERNANDES, Luís Fiães, Intelligence e Segurança Interna, 2014, p. 159 e 187.

HOLLIN, Clive R., Psychology and Crime, 2ª edição, 2013, p. 276.

HUNGRIA, Néelson, citado por Rogério Sanches Cunha em: Manual de Direito Penal Parte Geral 2018, p. 306.

KELLER, Timothy, Juizes para você, 2016, p. 169.

KENNY, Anthony, An Illustrated Brief History of WESTERN PHILOSOPHY, p. 161 e 238.

KEVIN J. VANHOOZER, OWEN STRACHAN, Pastor como teólogo público: recuperando uma visão perdida, Vida Nova, 2016, p. 15.

KRUGMAN, Paul Robin, "... viveremos um estranho triunfo de ideias falhadas".

HABIB, Gabriel, Leis Penais Especiais, 2016, p. 575.

International Association of Law Enforcement Intelligence Analysts, 2011, p. 30.

LARA, Dom Lelis, Compêndio de direito canônico: ao alcance de todos, Sapientiae, 2015, p. 15.

LEWIS, C. S., Lendo os Salmos, p. 62.

LIMA, Renato Brasileiro de, Legislação Especial Criminal Comentada, 4ª edição, p. 566.

LIMA, Renato Brasileiro de, Legislação criminal especial, 2016, p. 570.

- LIMA, Renato Brasileiro, Manual de Processo Penal, volume único, 6º edição, Editora JusPodivm, 2018, p. 637-640.
- LIMA, Sônia Silva Brito, O Agente Infiltrado O Problema da Legitimidade no Processo Penal do Estado de Direito e na Experiência Brasileira, Almedina, 2016, p. 347
- LOPES JUNIOR, Aury, Direito Processual Penal, Saraiva, 2014, p. 250 e 628.
- LOUREIRO, Joaquim, Agente Infiltrado? Agente Provocador!, Almedina, 2007, p. 10.
- LUSTGARTEN, Laurence, Democracy, law and security, National Security and Political Policing: Some Thoughts on Values, Ends and Law, 2003, p 323.
- MACEDO, João Carlos Cruz Barbosa de, Algumas considerações acerca dos crimes informáticos em Portugal, Coimbra Editora, 2009, p. 221-262;
- MAGLIE, Cristina de, Gli infiltrati nelle organizzazioni criminali: due ipotesi di impunità, Rivista aliana di diritto e procedura penale, Milano, Nuova serie a.36 n.3 (Luglio-Settembre 1993), p. 1071.
- MARK TWAIN, citado por Augusto Silva, Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Figueiredo Dias, volume I, 2009, Coimbra Editora, p. 216.
- MARTINS, Milene Viegas, admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no Processo Penal, AAFD, 2014.
- MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius; Crime Organizado, 2016, p. 272-285.
- MATTOS, Hermínio Joaquim, Terrorismo & Contraterrorismo, Sistema de Segurança Interna, 2016.
- MEIREIS, Manuel Augusto Alves, Regime de provas obtidas pelo agente provocador em processo penal, 1999, p. 20, 21, 25-26, 156, 163-164 e 240-241.
- MELO, Débora Thaís de, Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção e o problema específico dos bens jurídicos coletivos, A corrupção, Coimbra Editora, 2009, p. 49.
- MENDES, João de Castro, Do conceito de prova em processo civil, Ática, 1961, p. 741.
- MENDES, Paulo de Souza, As proibições de prova no processo penal, Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Almedina, 2004, p. 132.
- MÉNDEZ, Francisco Ramos, El Sistema Procesal Español, J. M. Bosch Editor, 1992, p. 105.
- MÉNDEZ, Francisco Ramos, El Proceso Penal Lectura constitucional, Bosch, 1988, p. 14.
- MERRIL, Eugene H., Teologia do Antigo Testamento, 2009, p. 54.

- NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Processo Penal e Execução Penal, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 388.
- NUNES, Duarte Alberto Rodrigues, O problema da admissibilidade dos métodos "ocultos" de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada: contributo para uma adequação do direito português às exigências de uma resposta eficaz à criminalidade organizada em matéria de utilização de métodos "ocultos" de investigação criminal - Tese de doutoramento, Direito (Ciências Jurídico-Criminais), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2016, p. 534-535.
- NUNES, Duarte Rodrigues, Os meios de obtenção de prova previstos na Lei do Cibercrime, Gestlegal, 2018, p. 221-222.
- OLIVEIRA, Luís Pedro Martins de, Prova Criminal e Direito de defesa, Almedina, Da Autonomia do regime das proibições de prova, 2016, p. 289.
- ONETO, Isabel, O agente Infiltrado, 2005, p. 140, 173, 180-181 e 183 e 184.
- OTERO, Paulo, Direito Constitucional Português, volume II, 2010.
- PALMA, Maria Fernanda, Direito Constitucional Penal, 2011, p.15.
- PALMA, Maria Fernanda, Direito Penal Parte Geral, A teoria geral da infração como teoria da decisão penal, 3ª edição, 2017, p. 86, 221 e 256.
- PALMA, Maria Fernanda, O princípio da Desculpa em Direito Penal, 2005, p. 150.
- PALMA, Maria Fernanda, Casos e Materiais de Direito Penal, 2009, p. 177 e p. 178.
- PALMA, Maria Fernanda, A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos, 1990, volume I, p. 13.
- PASCAL, Robert Anthony; e BABIN, James Lee; citado por Cristina Montalvão Sarmiento, Políticas & Segurança, p. 71.
- PAULO, Vicente Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo; Direito Constitucional, 2014, p. 100.
- PEREIRA, Flávio Cardoso, 1967, Lisboa: Juruá, 2016, p. 319 e 325.
- PEREIRA, Sandra, Da Autonomia do regime das proibições de prova, Prova Criminal e Direito de defesa, A recolha de prova por agente infiltrado, Almedina, 2016, p. 159.
- PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, A Categoria da Punibilidade na Teoria do Crime, Almedina, Tomo I, 2013, p. 483-484.
- PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, A Categoria da Punibilidade na Teoria do Crime, Almedina, Tomo II, 2013, p. 1.088.

- PULIDO, Carlos Bernal, O direito dos direitos, Marcial Pons, 2013, p. 109 e ss.
- RAMALHO, David Silva, Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente digital, Almedina, 2017, p. 307.
- RANGEL, Paulo, Direito Processual Penal, Editora Lumen Juris, 2011, p. 453.
- RIFÁ SOLER, José M., El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim, Revista del poder judicial, Madrid, 3 Época n. 55, 1999, p. 173.
- RIZO GÓMEZ, Belén, La infiltración policial en internet, 1ª ed. – Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 97-124.
- RODRIGUES, Anabela, in Jornadas de Direito Processual, p. 71, citada por Maia Gonçalves, Código de Processo Penal anotado, Coimbra, 2002, p. 522.
- RUI PEREIRA, O "agente encoberto" na ordem jurídica portuguesa, In: Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa, Coimbra Editora, 2005, 2.v., p. 302.
- SANTOS, António de Almeida, Pare, pense e mude, editorial notícias, 2002, p. 293-294.
- SARTRE, Jean Paul, O existencialismo é um humanismo, p. 216.
- SHARPE, Sybil, "Covert Police Operations and the Discretionary Exclusion of Evidence", in Criminal Law Review, Londres, 1994, p. 793, citado por ONETO, Isabel, O agente Infiltrado, 2005, p. 24.
- SILVA, Germano Marques da, Direito Penal Português, Parte Geral, Volume II, Teoria do Crime, 1998, p. 10, 69 e 72.
- SILVA, Germano Marques da, Curso de Processo Penal, Volume I, 6ª edição, p. 101.
- SILVA, Germano Marques da, Curso de Processo Penal, Volume II, 2008, p. 130 e 246.
- SILVA, Germano Marques da, citado por Manuel Monteiro Guedes Valente, 2009, p. 399.
- SILVA, Jorge Pereira da, Direitos Fundamentais, Teria Geral, Universidade Católica Editora, 2018, p. 364.
- SILVA, Márcio Alberto Gomes, Inquérito Policial, Editora JusPodivm, 2018, p. 3.
- SIRACUSANO, D., GALATI, A., TRANCHINA, G. ZAPPALÀ, E., Diritto processuale penale, Nuova ed., Giuffrè, 2004, 2 vol, p. 88 e 89.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes Ciências Policiais e Política Criminal, Justiça e Segurança: um discurso de liberdade democrática, 2015.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, Teoria Geral do Direito Policial, 2017, Almedina, p. 240.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, Teoria Geral do Direito Policial, 2009, p. 401.

- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, citado por Joaquim Loureiro, *Agente Infiltrado? Agente Provocador!*, Almedina, 2007, p. 200.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, citado por Célio Jacinto Santos, *Ciências Policiais e Política Criminal*, 2015, p. 132.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Consumo de Drogas*, Almedina, 2014.
- WIERSBE, Warren W., *Comentário Bíblico Expositivo do Antigo Testamento*, volume I, 2010, p. 291.
- WIERSBE, Warren W., *Comentário Bíblico Expositivo do Antigo Testamento*, volume II, 2010, p. 286.
- WIERSBE, Warren W., *Comentário Bíblico Expositivo do Novo Testamento*, volume I, 2007, p. 726.
- ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, *La lucha contra el crimen organizado en el borrador del Código Procesal Penal: el agente encubierto*, In: *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, p. 570-571.
- ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Centro de Estudios Jurídicos, *El agente encubierto en el ordenamiento jurídico español*, 2006, p. 244-246.
- ZAFFARONI e PIERANGELI, citado por Rogério Sanches Cunha, *Manual de Direito Penal Parte Geral*, volume único, 2016, p. 309-377.

Jurisprudência

- Tribunal Constitucional Acórdão n.º 578/98, processo n.º 835/98, Relator: Conselheiro Messias Bento, 3ª Secção.
- Tribunal Constitucional Acórdão n.º 274/2007, processo n.º 360/07, Relator Conselheiro Benjamim Rodrigues.
- Tribunal Constitucional Acórdão n.º 70/2008, processo n.º 1.015/07, Relator Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha.

Supremo Tribunal Federal (STF), ADI 2076 / AC – ACRE, AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Julgamento 15/08/2002.

Supremo Tribunal Federal (STF), ADI 5257 / RO – RONDÔNIA, AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Julgamento 20/09/2018.

Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Guía del artículo 6 del Convenio – Derecho a un proceso equitativo (parte penal), p. 30.

CEDH Acórdão de 9 de junho de 1998, Requête n.º 25829/94 (artigo 6.º §1).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 03P2032, relator CARMONA DA MOTA, 30/10/2003;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 02P4510, Relator SIMAS SANTOS, 20/02/2003,

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 047221, Relator NUNES DA CRUZ, 06/07/1995.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 98P999, Relator AUGUSTO ALVES, 13/01/1999.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 97P1174, Relator SA NOGUEIRA, 04/06/1998.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 00P2752, Relator VIRGÍLIO OLIVEIRA, 13/12/2000.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 01P3344, Relator LEAL HENRIQUES.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 048877, Relator ARAUJO DOS ANJOS, 16/05/1996,

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 02P2118, Relator PIRES SALPICO, 30/10/2002.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 96P870, Relator RIBEIRO COELHO, 15/01/1997.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 21/07.2SULSB-E.S1, Relator ARMÉNIO SOTTOMAYOR, de 11-02-2010.

Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 07P1776, Relator CARMONA DA MOTA, 05/07/2007.

Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 05P3349, Relator Sousa Fonte, 30/11/2005.

Tribunal Regional Federal – TRF 5º Região, Primeira Turma, ACR 5319PE0012519-84.2005.4.05.8300, Relator Desembargador Rogério Fialho Moreira, j. 19/11/2009.

Processo: 182/09.6JELSB.L1-5, Relator NUNO GOMES DA SILVA, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 22/03/2011.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo: 250/06.6PCLRS.L1-3, Relator: RUI GONÇALVES, 13/04/2011.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo: 99P956, Relator: HUGO LOPES, 09/12/1999.

Ac. TRE de 29-03-2016, processo n.º 558/13.4GBLLE.E1, Relator ANTÓNIO JOÃO LATAS.

Processo 182/09.6JELSB.L1-5, Relator: NUNO GOMES DA SILVA, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa.

Relator: ANA BACELAR CRUZ, citando, Meireis, Manuel Augusto Alves; no processo 15/10.0JAGRD.E1, Acórdão do Tribunal da Relação de Évora.

TRC, processo n.º 173/11.7GAMMV.C1, Relator PAULO GUERRA, 07/03/2012

Processo 42/08.PJAMD.L1-5, Relator: Pedro Martins, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa.

Processo 15/10.0JAGRD.E2, Relator: Ana Bacelar Cruz, Acórdão do Tribunal da Relação de Évora.

Legislação

Constituição da República Portuguesa

Constituição da República Federativa do Brasil

Código Penal português

Código Penal brasileiro

Código de Processo Penal português

Código de Processo Penal brasileiro

Diário da República, I série, n. 99, de 22 junho de 2001
Decreto n. 119-A, de 07.01.1890, de 7 de janeiro de 1890
Lei n.º 5 de 2002
Lei n.º 101 de 2001
Lei 8.069 de 1990, alterada pela Lei 13.441 de maio de 2017
Revogada Lei 9.034 de 1995
Lei n.º 12.850 de 2013
Lei 13.260 de 2016,
Lei 13.344 de 2016,
Lei 13.850 de 2006
Artículo 282 bis., LECrim.

Outras

Catecismo da Igreja Católica, 2263
Catecismo da Igreja Católica, 2264
Catecismo da Igreja Católica, 2267
Confissão de Fé de Westminster, capítulo 23, I
PALMA, Maria Fernanda, <https://www.cmjornal.pt/opiniao/colunistas/fernanda-palma/detalhe/agente-provocador>, acesso em 22/01/2019, 10hs.
<https://plato.stanford.edu/entries/double-effect/>, acesso em 30/08/2017, às 17h35min.
<http://www.psp.pt/Pages/defaultPSP.aspx>, acesso em 18/01/2019, às 10hs.
<https://www.cmjornal.pt/portugal/detalhe/prova-ilegal-absolve-agente-da-psp-ladiao>, acesso em 22/01/2019, às 11hs.
<http://www.pm.go.gov.br/index.php?link=2&idc=100260&idt=2>, acesso em 03/07/2017, às 21H.